

Peter George

WESEN UND GELTUNGSBEREICH
DES BEGRIFFES DER WÜRDIGUNG DER GESAMT-
WIRTSCHAFTLICHEN LAGE UND ENTWICKLUNG
IN § 70 IV SATZ 2 DES GESETZES GEGEN WETT-
BEWERBSBESCHRÄNKUNGEN v. 27. JULI 1957
(BGBL. I S. 1081)

1962

Frankfurt am Main 1963

WESSEN UND GELTUNGSBEREICH
DES BEGRIFFES DER WÜRDIGUNG DER GESAMTWIRTSCHAFTLICHEN LAGE
UND ENTWICKLUNG IN § 7o IV SATZ 2 DES GESETZES GEGEN WETT-
BEWERBSBESCHRÄNKUNGEN v. 27. Juli 1957 (BGBl. I S. 1o81)

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades der
Rechtswissenschaftlichen Fakultät

der

Johann Wolfgang Goethe-Universität
Frankfurt am Main

vorgelegt von

Peter George

aus

Kainzen/Schles.

1 9 6 3



Erstgutachter: Prof. Dr. Kronstein

Zweitgutachter: Prof. Dr. Jaenicke

Tag der mündlichen Prüfung: 7. November 1962



INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
Einleitung	1
ERSTER TEIL:	
Die Problematik von § 70 IV GWB	4
I. Die gesetzliche Regelung	4
II. Das Verhältnis von Gesetzgebung, Exekutive und Rechtsprechung	10
III. Die Funktion der Verwaltung	12
IV. Der Ermessensbegriff in § 70 IV GWB	22
a) Die "Ermessensarten"	22
b) Das Rechtsfolgeermessen	24
c) Das Tatbestandsermessen	29
d) Tatbestandsermessen und Beurteilungsspielraum	31
V. Die unbestimmten Begriffe im GWB	34
VI. Ausblick über den weiteren Gang der Arbeit	39
ZWEITER TEIL:	
Der Wille des Gesetzgebers und seine Bedeutung für die Bildung des Obersatzes	44
I. Gesetz und Begriff	44
II. Der logische Begriff	49
III. Die logische Struktur des Rechtsbegriffs	57
IV. Die unbestimmten Rechtsbegriffe	62
a) Allgemeines	62
b) Der Wertbegriff	68
c) Die Maßstäbe bei der Anwendung von Wertbegriffen	77
cc) Die normativen Tatbestandsmerkmale im Strafrecht und ihr Verhältnis zu den unbestimmten Rechtsbegriffen	81
cd) Wertmaßstäbe und Wirtschaftsverwaltungsrecht	86

DRITTER TEIL:

Der Begriff der Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung und seine Bedeutung für die Anwendung der unbestimmten Rechtsbegriffe im GWB 93

I. Unbestimmte Rechtsbegriffe und § 70 IV S. 2 GWB 93

II. Das Wesen der Würdigung 96

III. Die Trennung von Tat- und Rechtsfrage bei der Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung 100

a) Ober- und Untersatz bei den Erfahrungsbegriffen 100

b) Das Verhältnis von Bewertungsgrundlage und Wertung bei der Trennung von Tat- und Rechtsfrage 106

c) Tatbestandsfeststellung und generalisierende Betrachtungsweise 116

d) Die Struktur des Begriffs der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung 119

IV. Der Begriff der Wirtschaftspolitik in § 70 IV S. 2 GWB 126

a) Der wirtschaftspolitische Sinn von § 70 IV S. 2 GWB 126

b) Der wirtschaftspolitische Rahmen von § 70 IV S. 2 GWB 128

c) Gesetz und Politik 134

d) Maßnahmegesetz und Politik 138

e) Die gerichtliche Überprüfung von Maßnahmegesetzen 142

f) Der Rahmen zulässiger wirtschaftspolitischer Entscheidungen in § 70 IV S. 2 GWB 144

Vierter Teil:

Verfassungsrechtliche Fragen 147

I. Vorbemerkung 147

II. Die Erfordernisse rechtssatzmäßiger Bindung der Eingriffsverwaltung 148

a) Rechtsstaat und unbestimmte Rechtsbegriffe 148

b) Die Antinomie zwischen rechtsstaatlichen Grundsätzen und wirtschaftspolitischen Notwendigkeiten 151

c) Die Bedeutung des ausdrücklichen Ausschlusses der gerichtlichen Prüfung in § 70 IV S. 2 GWB 154

d) Die sachbedingte Notwendigkeit von § 7o IV S. 2 GWB	157
e) Ist § 7o IV S. 1 GWB mit dem Grundsatz der Gewaltenteilung vereinbar?	162

FÜNFTER TEIL:

Der sachliche Geltungsbereich von § 7o IV S. 2 GWB	165
I. Die allgemeinen Weisungen des Bundeswirtschaftsministers nach § 49 GWB	165
a) Wesen der allgemeinen Weisungen	165
b) Die Zulässigkeit der gerichtlichen Nachprüfung der allgemeinen Weisungen in § 49 GWB als Verwaltungsanweisungen	174
II. Die Tatbestände des GWB mit wirtschaftspolitischer Wertung	181
III. Die Rechtsprechung des Kartellgerichts und ihre Bedeutung für die Anwendung des GWB	186
a) Die Rechtsprechung des Kartellgerichts zu § 9 der Kartellverordnung von 1923	186
b) Die Rechtsprechung des Kartellgerichts zu § 8 der Kartellverordnung von 1923	191
IV. Gerichtliche Nachprüfungsbefugnis und wirtschaftspolitische Wertung im GWB	194
Abkürzungen	203
Literaturverzeichnis	204

Einleitung

Wohl kaum ist in der Nachkriegszeit ein Gesetz, das die Regelung wirtschaftlicher Fragen zum Gegenstand hat, so heiß umstritten gewesen, wie das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 27. Juli 1957 (BGBl. I S. 1081). Bei diesem Gesetz ging es ja nicht nur um eine rechtliche Erfassung bestimmter wirtschaftlicher Fragen, sondern um die Grundsatzentscheidung über die Wirtschaftsverfassung der Bundesrepublik schlechthin.

Im Verlauf der langjährigen und lebhaften Diskussionen über die Gestaltung der Wettbewerbsordnung hat sich gezeigt, daß ein Einvernehmen in der konsequenten Durchführung des Verbots von Wettbewerbsbeschränkungen nicht zu erzielen war. In der endgültigen Fassung des Gesetzes ist zwar in § 1 das grundsätzliche Verbot von wettbewerbsbeschränkenden Verträgen und Beschlüssen ausgesprochen; in den sich anschließenden Bestimmungen zeigt sich jedoch eine starke Auflockerung des Verbots durch zahlreiche Ausnahmen.

Für die Auslegung des Gesetzes ergeben sich aus dieser Sachlage nicht unerhebliche Schwierigkeiten, weil das Nebeneinander von dem grundsätzlichen Verbot wettbewerbsbeschränkender Abreden und dem Katalog der aus dem Verbot herausgenommenen Ausnahmen eine Konkurrenz verschiedener Gesetzeszwecke zur Folge hat, deren Abwägung bei der Gesetzesanwendung außerordentlich schwierig sein kann.

Im Hinblick auf die großen Schwierigkeiten, die angesichts dieser Sachlage bei der Auslegung und Anwendung des GWB zu erwarten waren - und auch aus rechtsstaatlichen Erwägungen heraus - hat der Gesetzgeber in § 70 IV S. 1 GWB die Nachprüfungsbefugnis der Gerichte in Ermessensangelegenheiten nicht auf die Nachprüfung der Rechtmäßigkeit der ergangenen Ermessensentscheidung beschränkt, sondern darüber hinaus eine gerichtliche Einflußnahme auf die Entscheidungen der Kartellbehörden innerhalb des bisher grundsätzlich der Verwaltung vorbehaltenen Ermessensspielraumes ermöglicht.

Da durch diese Kompetenzverschiebung die Gerichte wegen des stark wirtschaftspolitischen Charakters des GWB auch zu wirtschaftspolitischen Fragen hätten abschließend Stellung nehmen müssen, die Führung der Wirtschaftspolitik hingegen nach wie vor bei der Regierung verbleiben sollte, ist in § 70 IV S. 2 GWB bestimmt worden, daß die Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung der Nachprüfung der Gerichte entzogen sein soll.

Abgesehen von der in Art. 33 Abs. I S. 2 des Vertrages über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl getroffenen Regelung stellt sich diese Beschränkung der gerichtlichen Nachprüfungsbefugnis als eine völlig neue Erscheinung im deutschen Verwaltungsrecht dar. Noch bevor das GWB Gesetzeskraft erlangt hatte, wurden Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit dieser Bestimmung laut. Aber auch sonst gibt sie zu einer Fülle von Zweifelsfragen Anlaß.

Es soll Aufgabe dieser Arbeit sein, das Wesen und den Geltungsbereich von § 70 IV S. 2 GWB zu untersuchen, um auf diese Weise den Umfang der Einschränkung der gerichtlichen Nachprüfungsbefugnis festzustellen und die gewonnenen Ergebnisse für die Anwendung des GWB nutzbar zu machen. Ein Bedürfnis für eine derartige Untersuchung erweist sich wegen des wirtschaftspolitischen Gehalts vieler Tatbestände im GWB als besonders dringend.

ERSTER TEIL

DIE PROBLEMATIK VON § 70 IV GWB

I. Die gesetzliche Regelung

In § 70 Abs. IV GWB finden wir folgende Formulierung: "Die Verfügung ist auch dann unzulässig oder unbegründet, wenn die Kartellbehörde von ihrem Ermessen fehlsamen Gebrauch gemacht hat, insbesondere wenn sie die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten oder durch die Ermessensentscheidung Sinn und Zweck dieses Gesetzes verletzt hat. Die Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung ist hierbei der Nachprüfung des Gerichts entzogen." Um die Formulierung dieser Gesetzesbestimmung war in den Ausschüßberatungen heftig gekämpft worden¹⁾, weil es hier um die Grenzen der Nachprüfbarkeit von Ermessensentscheidungen der Kartellbehörden durch die Gerichte ging. Da die gesetzlichen Tatbestände, auf denen die Entscheidungen der Kartellbehörden beruhen, in der Mehrzahl Ermessenselemente enthalten²⁾, und der Gesetzgeber mit § 70 IV GWB auch das sog. Tatbestandser-

1) vgl. Langen, Eugen, Komment.z.Kartellges., 3. Aufl. S. 368; Generalbericht des Abgeordneten Dr. Hellwig in Müller-Henneberg-Schwartz, S. 1171 f.

2) §§ 4, 6 IV, 7, 8 I, 11 I-IV, 12 II, 14 II, 17, 18 I, 19 II u. III, 20 III, 21, 22 IV, 24, 27, 31 I, 38 III, 39 II, 40 I, 41, 46 I, 52, 54 I, 55 I, 56, 69 III, 71 III, 77, 81 II, 82 II, 91 I, 102, 104.

messen hat erfassen wollen¹⁾, ist es augenscheinlich, daß § 70 IV GWB in seiner Bedeutung für die künftige Entwicklung der Rechtsprechung in Kartellsachen gar nicht unterschätzt werden kann.

Gemessen an den bisher in der Verwaltungsrechtswissenschaft und der Verwaltungsgerichtsbarkeit entwickelten Maßstäben kann bei gesetzlichen Tatbeständen, die der rechtsanwendenden Behörde einen Ermessensspielraum einräumen, stets nur die Rechtmäßigkeit, jedoch nicht die Zweckmäßigkeit der Ermessensentscheidung nachgeprüft werden²⁾. Wenn für das GWB das gleiche gelten sollte, ergäbe sich daraus die Folgerung, daß die Entscheidungen der Kartellbehörden in Bezug auf ihre Zweckmäßigkeit von den Gerichten nicht nachprüfbar sind, soweit im Gesetz ein Ermessensspielraum eingeräumt ist. Die Formulierung von § 70 IV Satz 1 GWB bietet für

1) vgl. die Ausführungen auf S. 29 f.

2) Von der unübersehbaren Literatur sind zu nennen: Forsthoff, Lehrbuch des VerwR, 7. Aufl. 1958 S. 74; W. Jellinek, VerwR, 3. Aufl. unveränderter Nachdruck 1948 nebst Nachtrag von 1950 S. 302 ff.; von Turegg, Kurt Egon, Lehrb.d.VerwR. 2. Aufl. 1954 S. 207. Dieser Auffassung entspricht auch die Formulierung von § 114 der Verwaltungsgerichtsordnung vom 21. Jan. 1960 (BGBl. I S. 17 ff.), welche den Umfang der Ermessensnachprüfung im Verwaltungsstreitverfahren festlegt: "Soweit die Verwaltungsbehörde ermächtigt ist, nach ihrem Ermessen zu handeln, prüft das Gericht auch, ob der Verwaltungsakt oder die Ablehnung oder Unterlassung des Verwaltungsaktes rechtswidrig ist, weil die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten sind oder von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht ist."

die Annahme, daß Ermessensentscheidungen der Kartellbehörden in größerem Umfang nachprüfbar sind, als es bisher bei den Ermessensentscheidungen der Verwaltung der Fall gewesen ist, einen Anhaltspunkt. Wenn dort von "fehltsamen Gebrauch" des Ermessens die Rede ist und in gleichem Zusammenhang unter Voranstellung des Wortes "insbesondere" die Umschreibung der herkömmlichen Arten¹⁾ von Ermessensverletzungen lediglich als Beispiele aufgeführt sind, so liegt der Schluß nahe, daß der Gesetzgeber eine weitgehendere gerichtliche Überprüfung von Ermessensentscheidungen im Auge hatte, als das bisher bei anderen vorangegangenen Gesetzesbestimmungen der Fall gewesen ist²⁾. Da aber den Verwaltungsgerichten in den Verwaltungsgerichtsgesetzen seit langem die Befugnis eingeräumt ist, die Rechtmäßigkeit des Ermessens in vollem Umfange nachzuprüfen, ist eine umfassendere Ermessenskontrolle nur dann denkbar, wenn sie wenigstens teilweise die Nachprüfung der Zweckmäßigkeit der jeweiligen Ermessensentscheidung mit einbezieht³⁾.

Diese Auslegung des § 70 IV S. 1 GWB würde sich auch

1) So heißt es in § 36 des Gesetzes über die Verwaltungsgerichtsbarkeit für die amerikanische Zone: "Soweit Behörden ermächtigt sind, nach ihrem Ermessen zu befinden, kann die Anfechtungsklage, wenn nicht gesetzlich etwas anderes bestimmt ist, nur darauf gestützt werden, daß von diesem Ermessen nicht im Sinne des Gesetzes Gebrauch gemacht sei, insbesondere, daß Ermessensmißbrauch vorliege."

2) Langen § 70 Anm. IV.

3) vgl. Zweigert im Kommentar von Müller-Henneberg-Schwartz, S. 787.

mit der Auffassung des Generalberichtes des Abg. Dr. Hellwig decken¹⁾, der darin ausdrücklich hervorhebt, "daß zwar die Kartellbehörde Maßnahmen beschließt, aber in stärkerem Umfang als sonst im Verwaltungsrecht den Gerichten die Nachprüfung der Entscheidung freigestellt wird."

Eine bemerkenswerte Einschränkung der gerichtlichen Kontrolle wurde jedoch in § 70 IV S. 2 GWB normiert, wonach die Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung der Nachprüfung der Gerichte ausdrücklich entzogen ist.

Insgesamt gesehen erweist sich die in § 70 IV GWB vom Gesetzgeber gefundene Lösung für den Umfang der gerichtlichen Überprüfung von Ermessensentscheidungen der Kartellbehörden wegen ihres undurchsichtigen Gehalts als wenig glücklich. Einerseits soll mit ihr zum Ausdruck gebracht werden, daß eine Korrektur des den Kartellbehörden im Gesetz eingeräumten Ermessens innerhalb noch nicht näher beschriebener Grenzen²⁾ nach wie vor ausgeschaltet werden soll. Insofern spricht also bei Ermessensentscheidungen der Kartellbehörden die Vermutung für deren gerichtlich nicht korrigierbare Entscheidungsfreiheit. Andererseits gibt die Formulierung in § 70 IV S. 1 GWB aber wieder Raum für eine weitergehende Ermessenskontrolle als es bisher im Verwaltungsrecht üblich gewesen ist. Der Bereich der insoweit ausgedehnten gerichtlichen Ermessenskontrolle wird jedoch

1) Generalbericht a.a.O. S. 1172.

2) vgl. hierzu Benkendorff a.a.O. S. 748 und die Äußerung des Abgeordneten Wahl in der Bundestags-sitzung vom 3. Juli 1957 (Niederschrift S. 13167); Zweigert, Kurt, Das neue Kartellgesetz, DVBl. 1958, S. 783 ff. (784); Urt. des OLG Frankfurt v. 17. Juli 1958, WuW 1959, S. 361 ff. (367).

gleichzeitig durch die in § 70 IV S. 2 GWB enthaltene Klausel, die die Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung den Kartellbehörden ausdrücklich vorbehält, in einem noch nicht zu übersehendem Umfang wieder eingeschränkt. Nach einer Äußerung des Abgeordneten Prof. Böhm im Parlament handelt es sich bei der Formulierung von § 70 IV GWB um einen "seltenen Wortreichtum .. in Verbindung mit einer orakelhaften Dunkelheit ihres Inhaltes."¹⁾

Um einen Zugang zu der in § 70 IV GWB geschaffenen Problematik zu finden, ist zunächst die Feststellung wichtig, daß das im GWB normierte Kartellrecht zum größten Teil Verwaltungsrecht, und zwar Wirtschaftsverwaltungsrecht, ist²⁾. Entscheidungen, die von den Kartellbehörden bei der Durchführung der ihnen durch das GWB zugewiesenen Aufgaben getroffen werden, sind Verwaltungsakte³⁾.

Es handelt sich hier um hoheitliche Wirtschaftsverwaltung, für die es kennzeichnend ist, durch gestaltende, und zwar in der Regel privatrechtsgestaltende⁴⁾, Verwaltungsakte auf wirtschaftliche Rechtsverhältnisse einzuwirken. Das Kartellrecht ist somit

1) Würdinger a.a.O. S. 9.

2) vgl. E.R. Huber, Bd. I S. 17 f.; 44 ff.

3) E.R. Huber a.a.O. S. 414; Zweigert, Festschrift f. R. Isay S. 142; das Bundeskartellamt hat im Bericht über seine Tätigkeit im Jahre 1959 (Bundestagdrucksache 1795, 3. Wahlperiode, S. 52) ausdrücklich darauf hingewiesen, daß es im Verfahrensrecht des GWB die Begriffe einer Verfügung im Sinne des GWB und des Verwaltungsaktes im Sinne der verwaltungsrechtlichen Verfahrensvorschriften gleichsetzt.

4) E.R. Huber a.a.O. S. 72 ff.; Brückner, Der privatrechtsgestaltende Staatsakt, 1930.

ein Teilgebiet des Wirtschaftsrechts, in dem der Staat durch interventionistische Maßnahmen auf das Wirtschaftsgeschehen Einfluß nimmt.

Das erklärte Ziel des Gesetzgebers¹⁾, durch das GWB die Wettbewerbsordnung in dem gesetzlich vorgesehenen Umfang zu sichern und dem Mißbrauch wirtschaftlicher Macht zu begegnen, läßt sich nur mit den der Dynamik des Wirtschaftsablaufs adäquaten Mitteln - nämlich der Intervention von Fall zu Fall - verwirklichen²⁾. Den Kartellbehörden als Organe der Wirtschaftsverwaltung kommt deshalb für die Verwirklichung der vom Gesetzgeber im GWB gesetzten Ziele entscheidende Bedeutung zu. Da aber die Kartellbehörden einerseits Organe der Exekutive sind, die über den zuständigen Minister der Kontrolle des Parlaments unterliegen, und andererseits die Entscheidungen der Kartellbehörden durch unabhängige Gerichte nachgeprüft werden können, erscheint es nützlich, das Verhältnis der Einflußmöglichkeit der drei Gewalten auf die Handlungsfreiheit der Kartellbehörden einer näheren Betrachtung zu unterziehen.

-
- 1) vgl. dazu den Generalbericht des Abg. Dr. Hellwig, a.a.O., S. 1165; Schmitz, W.G., Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und seine Konzeption in NJW 1957, 1704 ff.; ferner die Kritik am GWB von Lutz, Hans, Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in NJW 1957, S. 1297 ff.; Würdinger, Hans, Kartelle und Justiz, in: Der Betrieb, 1953, S. 227; vgl. auch die Zehn Thesen zur Verteidigung der Verbotsgesetzgebung des Bundeswirtschaftsministers in: WuW 1952, S. 733 ff.
 - 2) Würdinger, Hans, in: Der Betrieb, 1953 S. 227; Steindorff, Die Nichtigkeitsklage S. 103.

II. Das Verhältnis von Gesetzgebung, Exekutive und Rechtsprechung

Mit der Verankerung des Rechtsstaatsprinzips in Art. 20 III GG¹⁾, wonach die Gesetzgebung an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung an Gesetz und Recht gebunden sind, ist das Verhältnis der drei Gewalten²⁾ eindeutig geklärt und abgegrenzt worden. In Artikel 1 II GG ist außerdem noch ausdrücklich festgelegt, daß die im Grundrechtskatalog enthaltenen Grundrechte die Gesetzgebung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht binden. Es soll der Absicht des Verfassungsgebers entsprechend jeder Eingriff des Staates in Rechte des Staatsbürgers der rechtsstaatlichen Kontrolle dadurch unterworfen werden, daß der Staat durch die Verfassung gezwungen wird, die Voraussetzungen für den jeweiligen Eingriff durch Rechtssatz festzulegen und zu umgrenzen. Die Rechtsweggarantie in Art. 19 IV GG schließlich verbürgt jedem, der durch die öffentliche Gewalt sich verletzt glaubt, den Rechts-

-
- 1) Klein, Friedrich, Bonner Grundgesetz und Rechtsstaat, Zges StW Bd. 106, S. 391 charakterisiert Art. 20 III GG als die "generelle" Rechtsstaat-Klausel; Forsthoff, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVDStL Heft 12, 1954, S. 14/15: "Die Entscheidung für den Rechtsstaat im Grundgesetz ist primär und evident in Art. 20 GG bezeugt und in Art. 79 GG mit höchster Wirkung bekräftigt."
 - 2) Obgleich man üblicherweise von den "drei Gewalten" spricht, muß daran erinnert werden, daß es nur eine Staatsgewalt gibt. Demokratischer Träger dieser einen Staatsgewalt ist immer das Volk in seiner Gesamtheit, Ausüßer der Staatsgewalt hingegen nur ein bestimmter Teil desselben, nämlich die Aktivbürgerschaft im Sinne des wählenden oder abstimmanden Volkes. Vgl. Klein in Mangoldt-Klein, Anm. V 4 d zu Art. 20 GG.

schutz durch die Gerichte. "Die Meßbarkeit der staatlichen Machtausübung, die zusammen mit den geschriebenen Zuständigkeiten eine Voraussehbarkeit und Vorausberechenbarkeit bewirkt"¹⁾, ist somit als unabdingbares Postulat jeglichen staatlichen Eingriffes in die Rechtssphäre des Staatsbürgers unmittelbar geltendes Verfassungsrecht. Das Rechtsstaatsprinzip enthält als wesentlichen Bestandteil die Rechtssicherheit, das "Blankoermächtigungen" an Verwaltungsbehörden ausschließt, auch wenn sie lediglich zu Verwaltungsakten ermächtigen²⁾.

Von dieser Warte gesehen erscheint es ausgeschlossen, daß die nach Artikel 20 III GG an Gesetz und Recht gebundene Exekutive berechtigt ist, die Voraussetzungen ihres Handelns nach Ermessensgrundsätzen selbst bestimmen zu können, soweit Eingriffe in Rechte des einzelnen in Frage stehen. Es ist deshalb angesichts der klaren Stellungnahme des Verfassungsgebers auch unbestritten, daß staatliche Eingriffe in die Grundrechte des Staatsbürgers nur dann erfolgen dürfen, wenn eine bereits vorher gesetzte Rechtsnorm den staatlichen Eingriff nach Art und Umfang die rechtliche Grundlage gibt³⁾.

1) so v. Mangoldt-Klein, Anm. VI zu Art. 20.

2) E. des BVerfG v. 23.10.1951 in BVerfGE 1, 14 ff.; 59 f.; E. v. 10.6.1953 in BVerfGE 2, 307 ff.; 334; E. v. 1.7.1953 BVerfGE 2, 403; besonders klar und lehrreich die E. des BVerfG v. 20.5.1955 in DVBl 1955 S. 770/771 mit Anm. v. Ule S. 771 - 773.

3) Das gilt sowohl für Ermächtigungen zum Erlass von Verordnungen als auch für Ermächtigungen zur Vornahme von Einzelakten. Vgl. für Verordnungen BayerVerfGH v. 21.11.1949, VGHE N.F. 2/II/165; BVerfG in BVerfGE v. 23.10.1951, Bd. 1, S. 60; v. 10.6.1953, Bd. 2, S. 334; v. 1.7.1954, Bd. 4, S. 21; für Einzelakte der Verwaltung: Bayer. VGH v.

Aufgabe des Richters ist es wiederum darüber zu befinden, ob im konkreten Fall die angefochtene staatliche Maßnahme im Gesetz ihre Stütze findet. Wenn der Gesetzgeber durch klar umrissene Gesetznormen das Handeln der Exekutive eindeutig vorbestimmt hat, besteht die Aufgabe des Richters lediglich in der Nachprüfung, ob die tatsächlichen Voraussetzungen den abstrakten gesetzlichen Merkmalen entsprechen. In den wenigsten Fällen ist allerdings der Gesetzeswortlaut so eindeutig, daß eine Subsumtion des Sachverhalts unter die Rechtsnorm ohne Gesetzesauslegung möglich ist¹⁾.

III. Die Funktion der Verwaltung

Der Verwaltung ist in der Verfassung als einer der drei Gewalten eine eigenständige Funktion zugewiesen. Als vollziehender Gewalt ist ihr der Auftrag erteilt, in dem ihr gegebenen Rahmen die Staatszwecke außer-

18.2.1955 in VGHE N.F. 8/I/30; besonders deutlich das BVerfG in seiner Entscheidung vom 16.1.1957 in JZ 1957, S. 167 (169) mit Anm. v. Dürig: "Der Gesetzgeber darf sich seines Rechtes, die Schranken der Freiheit zu bestimmen, nicht dadurch begeben, daß er mittels einer vagen Generalklausel die Grenzziehung im einzelnen dem Ermessen der Verwaltung überläßt." Aus dem Schrifttum: Klein, Friedrich, Bonner Grundgesetz und Rechtsstaat, ZgesStW Bd. 106, S. 395; v. Mangoldt-Klein, Anm. VI 2 zu Art. 20; Peters, Hans, Rechtsstaat und Rechtssicherheit, Recht-Staat-Wirtschaft Bd. III (1951), S. 66-77. Die gleichen verfassungsrechtlichen Bedenken sind bei dem sog. "Beurteilungsspielraum" anzumelden; vgl. dazu Jesch a.a.O. S. 234 ff.

- 1) vgl. dazu Engisch, Karl, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, S. 32 f.

halb der Justiz und der Gesetzgebung zu verwirklichen¹⁾.

Trotz des Satzes von O. Mayer, daß "Verfassungsrecht vergeht und Verwaltungsrecht besteht"²⁾, hat das Verwaltungsrecht seit der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts, in ganz besonderem Maße aber durch das Grundgesetz, eine nicht zu übersehende inhaltliche Ausrichtung zur Rechtsstaatlichkeit erfahren. Die gesetzliche Bindung und gerichtliche Kontrolle der Verwaltungsmaßnahmen, insbesondere von Eingriffen in die Freiheits- und Vermögenssphäre des Bürgers, ist nicht nur verfassungsrechtliches Gebot für künftige Gesetze, sondern zugleich Richt- und Auslegungsmaßstab auch bereits vor der Schaffung des Grundgesetzes erlassener Gesetze und Verordnungen. Zwar ist Gegenstand der Verwaltung gegenwärtig nicht nur Vollziehung von Gesetzen³⁾. Ein Betätigungsfeld für eine gesetzesfreie Betätigung, vor allem auf dem Gebiet der fiskalischen Verwaltung und der Leistungsverwaltung⁴⁾, ist der Verwaltung noch verblieben.

Die Bindung an das Gesetz (Vorbehalt des Gesetzes) ist jedoch bei Eingriffen der Verwaltung in die Vermögens- und Freiheitssphäre des Bürgers unabweisliches verfassungsrechtliches Gebot. Hier kann es nur ihre Aufgabe sein, das Gesetz anzuwenden und es zu vollziehen.

Die Forderung nach gesetzlicher Bindung schließt aber ein Handeln der Verwaltung nach Ermessen nicht aus. Wo dieses Ermessen im Tatbestand einer Rechtsnorm erscheint, muß eine solche weitgehende Freiheit

1) vgl. Fleiner, Inst. S. 6.

2) Vorwort zur 3. Aufl. des Dt.VerwR. 1923.

3) vgl. v.Turegg, Lehrbuch d.VerwR. S. 17.

4) vgl. Bachof, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVDStL 1954, Heft 12, S. 55 ff. und S. 149 Anm. 1 dieser -Arbeit.

von gesetzlicher Bindung zugunsten der Verwaltung grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Bedenken begegnen. Hier würde die Verwaltung die Funktion des Gesetzgebers übernehmen und durch ihr eigenes Ermessen die vom Gesetzgeber geschaffene Lücke ausfüllen.

Anders verhält es sich jedoch, wenn der Verwaltung lediglich im Rechtsfolgeteil einer Rechtsnorm ein Ermessensraum zugestanden ist. In diesem Falle ist der Bereich der staatlichen Eingriffe genügend umgrenzt und meßbar. Der Verwaltung ist es lediglich überlassen, diese Eingriffsmöglichkeit zu aktualisieren.

Für die Verwaltung war es früher¹⁾ geradezu charakteristisch²⁾, daß sie ihre Entscheidungen nach eige-

-
- 1) vgl. Peters, Lehrb. S. 10; Stier-Somlo, Fritz, Das freie Ermessen in Rechtsprechung und Verwaltung, in: Festgabe für Paul Laband, II. Bd., S. 451 ff. Fleiner, Inst. S. 6; Scheuner, Ulrich, Zur Frage der Grenzen der Nachprüfung des Ermessens durch die Gerichte, in: VerwArch. 33, S. 70; später drang die Ansicht vor, daß weite Gebiete der Verwaltungstätigkeit ebenso wie die Rechtsprechung Vollzug des Gesetzes seien. Vgl. dazu die bei Scheuner a.a.O., S. 71, angegebene zahlreiche Literatur; bezeichnend für die gegenwärtige Situation ist die Formulierung von v. Turegg, a.a.O., S. 17: "Was den Grad der Unterordnung der Verwaltung unter die Gesetzgebung anlangt, so ist sie nach Art. 20 Abs. 2 GG nicht lediglich die Vollziehung von Gesetzen."
 - 2) vgl. hierzu die Formulierungen von Laband (zitiert bei Philipp Zorn, Kritische Studien zur Verwaltungsgerichtsbarkeit, Verwaltungsarchiv Bd. 2, Berlin, 1894, S. 74 ff. (S. 140): "Das Wesen der Verwaltung besteht nicht in der Ausführung der Gesetze, sondern in der Durchführung der dem Staate obliegenden Aufgaben unter Beachtung, d.h. ohne Verletzung der Gesetze... die Staatsverwaltung kann man daher definieren als die freie Tätigkeit der Staatsregierung... innerhalb der von der Rechtsordnung gesteckten Grenzen... Besondere Verwaltungsgesetze sind begrifflich die Ausnahme". Dagegen Zorn, a.a.O. S. 142: "Es ist eine Illusion, anzunehmen, für die Verwaltung sei das Gesetz nur die Schranke, nicht die Regel". Vgl. auch Plappert, a.a.O. S. 41; W. Jellinek, GGZ S. 194.

nem pflichtgemäßen Ermessen traf. Im behördlichen Ermessen erblickte man die geeignete Form, die der Verwaltung im Staate zugewiesenen Zwecke zu verwirklichen. Zwar war die Verwaltung nicht befugt, nach Belieben in Freiheit und Eigentum der Bürger einzugreifen¹⁾, aber der Rechtsschutz, der in den meisten deutschen Staaten durch das Enumerationsprinzip²⁾ begrenzt war, reichte nicht aus, um die Verwaltung in vollem Umfange der gerichtlichen Kontrolle zu unterwerfen.

Die Generalklauseln der nach 1945 neu erlassenen Verwaltungsgerichtsgesetze und die Neuorganisation und Verselbständigung der Verwaltungsgerichte brachten es mit sich, daß mit dem nunmehr geschaffenen umfassenden verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz die Frage der Nachprüfung und verfassungsrechtlichen Zulässigkeit des behördlichen Ermessens in ein

-
- 1) Durch Art. 13 der Wiener Bundesakte v. 8.7.1815, wonach "in allen deutschen Staaten eine landständische Verfassung stattfinden" wird, war den Landständen ein Mitbestimmungsrecht zugebilligt worden, das sich bis 1848 auf alle Eingriffe in Freiheit und Eigentum der Bürger erstreckte. v. Turegg, a.a.O. S. 15; später bedurfte der Satz, daß die Verwaltungsbehörden zu Eingriffen in Freiheit und Eigentum eine besondere gesetzliche Ermächtigung nötig haben, keiner besonderen verfassungsmäßigen Anerkennung mehr. Fleiner, Inst. S. 131-133 mit weiteren Nachweisen.
 - 2) Das Enumerationsprinzip war eingeführt in Baden, Hessen, Mecklenburg, Oldenburg, Braunschweig, Anhalt und Lippe. Die älteste Generalklausel findet sich dagegen schon im württembergischen Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege v. 16.12.1876 in Art. 13, die jedoch noch keinen umfassenden Rechtsschutz verbürgte. Ähnliche Generalklauseln hatten Thüringen, Sachsen und Lübeck, während Hamburg und Bremen verwaltungsgerichtliche Generalklauseln in ihrer denkbar vollendetsten Form - HambG v. 2.11.1921, § 9, BremG v. 6.1.1924, § 8 - verwirklicht hatten; vgl. W. Jellinek, VerwR S. 314.

völlig anderes Licht rückte.

Während früher die Frage, ob die rechtliche Handhabe für Maßnahmen der Verwaltung eine Ermessensnorm oder ein das Ermessen ausschließender durch das Gericht nachprüfbarer Rechtsbegriff war, wegen der Lückenhaftigkeit des Rechtsschutzes nur vergleichsweise wenig Anlaß zu Streitfragen gab¹⁾, wurde mit der Schaffung der verwaltungsgerichtlichen Generalklausel das Problem der gerichtlichen Nachprüfbarkeit von unbestimmten Rechtsbegriffen und Ermessensbegriffen in seiner ganzen Schärfe aufgeworfen.

Die auch heute noch vertretene Auffassung²⁾, daß die Funktion der Verwaltung im wesentlichen darin liege, ihre Aufgaben nach Ermessen, d.h. nach ihrer Auffassung vom öffentlichen Wohl, zu erfüllen, ist schon deshalb unrichtig, weil in der gegenwärtigen Zeit im Gegensatz zu früher der Gesetzgeber in Be-

1) Es ist bemerkenswert, daß in den führenden Lehrbüchern des Verwaltungsrechts bis 1933 die Behandlung der unbestimmten Rechtsbegriffe eine sehr stiefmütterliche war. Bei manchen Autoren findet man sie nicht einmal im Stichwortregister angeführt. Vgl. die Lehrbücher von Georg Meyer, Fleiner, Hetschek. In der Verwaltungsrechtsliteratur der nationalsozialistischen Zeit haben die "unbestimmten Gesetzesbegriffe" wegen ihrer Bedeutung für die Einschränkung des politischen Beeinflussung leicht zugänglichen Verwaltungsermessens dagegen stärkere Beachtung gefunden; vgl. hierzu die Lehrbücher von Maunz und Frank.

2) So Krauthausen, Staats-Zeitung für Rheinland-Pfalz, Nr. 49 v. 5. Dezember 1954, S. 6.

reiche eingedrungen ist, die bisher entweder überhaupt noch nicht der Zuständigkeit der Verwaltung unterlagen oder von ihr früher nach allgemeinen Ermessensgrundsätzen verwaltet worden sind.

Sobald einmal ein Lebensbereich auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts durch den Gesetzgeber gesetzlich geregelt wird, tritt auch eine Beschränkung des Ermessensraumes der Verwaltung ein. Das im Gesetz der Verwaltung jeweils ausdrücklich zugestandene Ermessen ist dann durch die gesetzlich gezogenen Grenzen nach Inhalt und Umfang festgelegt. Verwaltung wird durch diese Entwicklung immer mehr Gesetzesanwendung¹⁾.

Die Bedeutung der Verwaltung liegt deshalb heute auf weiten Gebieten in der Verwirklichung und Erledigung von Aufgaben, welche auf Grund einer gesetzlichen Norm inhaltlich vorbestimmt sind. Die Qualifizierung der Verwaltung als "vollziehende Gewalt" kann daher gegenwärtig nur in einem doppelten Sinne verstanden werden: Sie ist einmal unmittelbare Vollstreckerin der Legislative, soweit die gesetzliche Bindung reicht, und außerdem Instrument des Staates zur Förderung des öffentlichen Wohls, vorzugsweise bei der Ausführung von Ermessensentscheidungen. Die Regierung ist im übrigen in gleicher Weise an das Gesetz gebunden wie die Verwaltung.

Die enge Bindung der Exekutive an die Legislative

1) Zorn a.a.O. S. 143; Flappert a.a.O. S. 41; hierzu gehört auch die Verlagerung von bisher der Exekutive eingeräumten Gestaltungsbefugnissen auf die Legislative durch sog. Maßnahme-Gesetze. Vgl. die Ausführungen auf S. 138 ff. dieser Arbeit.

folgt aus dem Verhältnis dieser beiden Gewalten. Die Exekutive muß dem Willen des Gesetzgebers zur Verwirklichung verhelfen. Das Gesetz ist aus diesem Grunde in gleichem Maße Auftrag und Begrenzung der Exekutive. Eine Isolierung und Verselbständigung der Verwaltung im Gegensatz zur Legislative wäre daher verfassungswidrig^{1a)}.

Die Legislative ist kraft des Gewaltenteilungsprinzips selbst nicht in der Lage, nachzuprüfen, ob die Exekutive den im Gesetz vorgezeichneten Rahmen einhält. Ihr ist es auch grundsätzlich verwehrt, Einzelfälle zu regeln. Ein Gesetz, das lediglich darauf hinzielt, einen konkreten Einzelfall zu entscheiden, muß schon im Hinblick auf den Gleichheitssatz bedenklich stimmen¹⁾. Eine neutrale und objektive Überprüfung der Exekutive ist allein durch unabhängige Gerichte gewährleistet.

Die Gerichte können aber ihre in der Verfassung übertragene Aufgabe nur dann erfüllen, wenn die Maßnahmen der Exekutive genügend bestimmt und meßbar sind. Da die Exekutive bei hoheitlichen Eingriffen durch den heute ausnahmslos anerkannten Vorbehalt des Gesetzes einer gesetzlichen Grundlage bedarf, und dieser Forderung formal durch Erlaß von Gesetzesnormen vom Gesetzgeber auch Rechnung getragen wird²⁾,

1a) BVerfG, Beschl.v.12.11.1958, BVerfGE Bd. 8, S. 274 ff.

1) vgl. Maunz, Th., Dt. Staatsrecht, 3. Aufl., München und Berlin 1954, S. 53.

2) Ule, DVBl. 1953, S. 497; BVerfG, Beschl.v. 12.11. 1958, BVerfGE Bd. 8, S. 274 ff.

kannder Vorwurf der mangelnden Meßbarkeit der staatlichen Maßnahme im Grunde nur die Unbestimmtheit der gesetzlichen Tatbestände treffen.

Nun ist der Gesetzgeber häufig bei der Formulierung von Gesetzen darauf angewiesen, sehr dehnbare unbestimmte Begriffe zu verwenden. Die Verwendung dieser Begriffe bedeutet zugleich einen Verzicht auf genaue Fixierung des Gesetzeswillens. Dennoch liegt darin kein Verzicht zugunsten der Exekutive auf gesetzliche Bindung überhaupt. Wäre die gesetzliche Formulierung derart unbestimmt, daß die Bindung nur Postulat aber nicht mehr Wirklichkeit wäre, könnte eine solche "Norm" nicht mehr als Gesetz angesehen werden¹⁾.

Anders ist die Sachlage jedoch, wenn der Gesetzgeber durch das im Rechtssatz ausdrücklich zugebilligte und gewollte Ermessen zum Ausdruck bringt, daß er die Verwaltung nicht an eine gesetzlich vorgeschriebene Entscheidung bindet, sondern der Verwaltung die Befugnis verleiht, durch eigenes wählendes Verhalten einen bestimmten Zweck, einen bestimmten Wert zu verwirklichen²⁾. Dem Ermessen sind also mehrere richtige Entscheidungen wesensgemäß. Eine vom Gesetzgeber bereits getroffene Wertverwirklichung bindet die Behörde aber eindeutig und endgültig.

Eine solche eindeutige Bindung der Verwaltung wird

1) "Eine Rechtsnorm, in welcher der Normgebende nicht sagt, was er will, ist ein "Unding", Tezner, Friedrich, Die deutschen Theorien der Verwaltungsrechtspflege, Berlin 1901, S. 230.

2) vgl. W. Jellinek, GGZ, S. 32.

nach herrschender Meinung bei unbestimmten Rechtsbegriffen nur von Fall zu Fall angenommen. Die herrschende Meinung in Wissenschaft und Rechtsprechung geht von der Doppeldeutigkeit der unbestimmten Rechtsbegriffe aus¹⁾.

Diese Sachlage mußte zwangsläufig zu einer Auseinandersetzung zwischen der Verwaltung und den die Verwaltungsakte nachprüfenden Gerichten führen²⁾.

- 1) vgl. die zahlreichen Schrifttums- und Rechtsprechungsnachweise bei Ule, Carl Herrmann, Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht, Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für W. Jellinek, 1955, S. 311; a.A. insbesondere Ule DVBl. 1953, S. 491 ff.; Reuß, Herrmann, Das Ermessen, DVBl. 1953, S. 585 ff.; derselbe: Der unbestimmte Rechtsbegriff, DVBl. 1954, S. 649 ff.; derselbe: DÖV 1954, S. 55 ff., 535 ff., 557 ff.; Jesch, Dietrich, Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht, Archiv des öffentlichen Rechts, Heft 2/3, 1957, Tübingen, S. 163 ff.; derselbe: Zur Revisibilität unbestimmter Rechtsbegriffe, DÖV 1956, S. 77 ff.
- 2) vgl. dazu den Artikel von Kratzer in der "Bayerischen Staatszeitung" Nr. 10 v. 7.3.1953, "Des Guten zu viel". Dort wird folgendes ausgeführt: "Die Tätigkeit der Verwaltungsbehörden droht immer mehr ... durch die großzügige Einführung und Zulassung gerichtlicher Kontrollen beeinträchtigt zu werden. Die Verwaltung fühlt sich ständig in die Verteidigung gedrängt, und der Verwaltungsbeamte, der bei aller Gewissenhaftigkeit und Überlegung oft rasch zugreifen muß, sieht seine Entscheidung auch in Fällen, in denen gar kein rechtlicher Gesichtspunkt, wohl aber eine der mannigfachen Sorgen des an der Front stehenden Verwaltungsmannes maßgebend war, in ein langwieriges Rechtsverfahren hineingezogen, dessen Ende vielfach nicht abzusehen ist. Das muß auf die Dauer die Entschlußfreudigkeit, das Verantwortungsbewußtsein und die Arbeitslust der Verwaltungsbeamten beeinträchtigen, die Tätigkeit der Behörden lähmen und zu einer Schädigung der öffentlichen Belange führen."; dazu auch Ule, Carl Herrmann, "Aus der Sicht der Rechtswissenschaft", Referat gehalten auf der 6. Jahresversammlung der Vereinigung der Verwaltungsgerichtspräsi-

Die Verwaltung beruft sich nämlich in ihren Entscheidungen auf den nach ihrer Meinung vom Gesetzgeber eingeräumten Ermessungsspielraum und macht geltend, daß sie als eine der drei Gewalten eine eigenständige Funktion zu erfüllen habe, während die Verwaltungsgerichte häufig im Gegensatz dazu die in Frage stehende Rechtsnorm als voll nachprüfbarer Rechtsbegriff qualifizieren¹⁾. Es wird immer wieder von der Verwaltung zum Ausdruck gebracht, daß sie durch die Gerichte ungebührlich in ihrer Handlungsfreiheit beschränkt werde.

Eine Reihe unbestimmter Rechtsbegriffe, deren unbeschränkte gerichtliche Nachprüfbarkeit sich heute durchgesetzt hat, waren auch früher anerkanntermaßen als Ermessensnormen aufgefaßt worden und haben sich erst im Laufe der letzten Jahrzehnte und vor allem unter dem Einfluß der rechtsstaatlichen Tendenzen der jüngsten Vergangenheit zu gerichtlich unbeschränkt nachprüfbaren Rechtsbegriffen entwickelt.

Andererseits ist aber auch die Frage zu stellen, ob

zenten für das Bundesgebiet in Koblenz am 18.10. 1954 über das Thema: "Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff", Staatszeitung v. Rheinl.-Pfalz v. 19.12.1954, S. 12.

- 1) Dieselben Klagen wurden schon bei der Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit laut. Es wurde die Gefahr einer "Doppelverwaltung" beschworen und geltend gemacht, "daß die öffentliche Gewalt in der zur Erreichung der öffentlichen Interessen notwendigen Freiheit zum Nachteil dieser gehindert wird." (Zorn, a.a.O., S. 147 Anm. 254).

nicht die Gerichte angesichts der relativ großen Unbestimmtheit mancher Rechtsbegriffe bei der Nachprüfung behördlicher Verwaltungsakte überfordert sind, weil die Auslegung und Ausfüllung dieser Rechtsbegriffe oft nur in Bezug auf den zur Entscheidung stehenden Fall möglich ist.

Die enge Verflochtenheit und rechtstechnische Verwandtschaft von Ermessensbegriffen und unbestimmten Rechtsbegriffen erfordert angesichts der Konsequenzen, die mit der Qualifikation eines Begriffes in die eine oder die andere Kategorie für den Umfang der gerichtlichen Nachprüfung verbunden sind, in jedem zur Entscheidung stehenden Fall eine Besinnung auf das Wesen des Ermessens und der sich aus dem Rechtsstaatprinzip ergebenden Postulate bei der Auslegung und Anwendung unbestimmter Begriffe.

IV. Der Ermessensbegriff in § 70 IV GWB

a) Die "Ermessensarten"

Um die Tragweite des § 70 IV GWB richtig erfassen zu können, müssen wir uns zunächst einmal über den Begriff des Ermessens Klarheit verschaffen.

Das Ermessen finden wir in den verschiedensten Erscheinungsformen. Es gibt Ermessen des Gesetzgebers, des Richters und der Verwaltung. Man unterscheidet zwischen Handlungsermessen (volitivem Ermessen) und Urteils-Beurteilungs- oder Subsumtionsermessen (kognitivem Ermessen). In anderen Zusammenhängen hat man das Ermessen als freies, gebundenes, technisches, pflichtgemäßes, billiges und diskretionäres Ermessen

bezeichnet. Schließlich gibt es die Trennung von Tatbestands- und Rechtsfolgeermessen¹⁾.

Der Begriff des Ermessens ist stets im Gegensatz zur rechtlichen Bindung verstanden worden. Er bedeutet ein bestimmtes Maß an Entschluß- oder Handlungsfreiheit in einem gegebenen Rahmen, der zur Verwirklichung eines Zweckes gegeben ist^{2) 3)}. Belieben oder Willkür haben mit dem Ermessen nichts gemein.

Ermessen ist auch nicht dasselbe wie das Beurteilen⁴⁾.

-
- 1) vgl. Jesch, a.a.O. S. 204; gegen diese Vielzahl von "Ermessensarten" wendet sich R. Klein in dem Beitrag "Die Kongruenz des verwaltungrechtlichen Ermessensbereichs und des Bereichs rechtlicher Mehrdeutigkeit. Versuch einer rechtstheoretischen Präzisierung ermessender Geistestätigkeit", im Archiv d.öff.Rechts, Bd.82, S. 79 ff. (S. 118); nach Klein sind die verschiedenen Ermessensbezeichnungen "lediglich als durch die Rechtssatzstruktur bedingte unterschiedliche gesetzestechnische Eingrenzungen des Ermessensraumes."
 - 2) E. Forsthoff, Lehrb.d.VerwR. S. 74 definiert das Ermessen folgendermaßen: "Man versteht darunter einen Spielraum des Handelns und Entschlusses, die Wahl zwischen mehreren, in gleicher Weise möglichen Arten des Sichverhaltens. Nach Bachof, Beurteilungsspielraum, Ermessen usw. a.a.O., S. 97, lautet die "übliche Definition" des Ermessens die "Wahl zwischen mehreren rechtlich möglichen Verhaltensweisen."
 - 3) Den finalen Charakter des Ermessens stellt auch Krauthausen heraus in seinem Referat zum Thema "Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff" anläßlich der 6. Jahresversammlung der Vereinigung der Verwaltungsgerichtspräsidenten für das Bundesgebiet in Koblenz am 18.10.1954, Staatszeitung v. Rheinl.-Pfalz Nr. 49 v. 5.12.1954, S. 6.
 - 4) vgl. Klein, a.a.O., S. 80, der den Unterschied an folgendem Beispiel deutlich macht: "Ob der Baum, der in meinem Garten steht, ein Apfelbaum oder ein Birnbaum ist, das kann wohl meiner Beurteilung unterliegen, aber es ist nicht in mein Ermessen gestellt. Ob ich dagegen in meinem Garten einen Apfelbaum oder einen Birnbaum pflanzen will, das kann in mein Ermessen gestellt sein. Treffe ich ermessend diese Entscheidung, so vollziehe ich auch

Für alle "Ermessensarten" ist kennzeichnend, daß sie nur jeweils von verschiedenen Blickpunkten gesehene besondere Bezeichnungen für das Tatbestands- oder Rechtsfolgeermessen sind, so daß es bei der Analyse des Ermessensbegriffs bei der Gegenüberstellung von Tatbestands- und Rechtsfolgeermessen bleiben kann.

b) Das Rechtsfolgeermessen

Daß das Rechtsfolgeermessen von der Formulierung des § 70 IV GWB erfaßt wird, unterliegt entgegen der von Benkendorff¹⁾ bei Würdinger²⁾ vermeintlich festgestellten Gegenmeinung keinem Zweifel. Hier haben wir es mit der alltäglichen Erscheinung des Verwaltungsermessens zu tun, wenn der Gesetzgeber die Verwaltung ermächtigt, beim Vorliegen eines im Gesetz fixierten Tatbestandes nach ihrer subjektiven pflichtgemäßen Überzeugung eine Entscheidung zu treffen. Es handelt sich um eine gewollte Mehrdeutigkeit des gesetzlichen Willens³⁾. Von der handelnden Behörde auch betrachtet kann man das Verwaltungsermessen auch als "wählendes Verhalten im Rahmen der Wertverwirklichung"⁴⁾ bezeichnen.

Rechtsfolgeermessen finden wir im GWB in einer Reihe

eine Beurteilung, nämlich aller für die Entscheidung wesentlichen Umstände; diese Beurteilung geht aber der Entscheidung voraus und ist deshalb nur ein Teil des Ermessens."

Der sog. "Beurteilungsspielraum" ist in Wirklichkeit ein Ermessensspielraum, wie R. Klein a.a.O. S. 79 ff. überzeugend dargetan hat.

1) WuW 58, 740 ff.

2) WuW 58, 398 ff.

3) So W. Jellinek, VerwR S. 30; vgl. auch O. Mayer, Dt. VerwR Bd. I, S. 99; v. Laun, a.a.O. S. 20, 62; Bühler, a.a.O. S. 26; Fleiner, Inst. S. 142; Nebinger, a.a.O. S. 201; Peters, S. 10; Hatschek, Julius, Lehrb.d.dt. und pr. VerwR. 5.u.6. Aufl. Leipzig 1927, S. 424.

4) So E. Forsthoff, Lehrb.d.VR 6. Aufl. S. 76.

von Tatbeständen. So ist der Kartellbehörde in den §§ 4 und 7 GWB die Befugnis gegeben, das beantragte Kartell entweder zu genehmigen oder die Genehmigung zu verweigern. Aus den "Kann"-Formulierungen des GWB¹⁾ ist zu entnehmen, daß die Kartellbehörde in

-
- 1) Es ist keinesfalls unbestritten, daß die "Kann"-bestimmungen im materiellen Kartellrecht des GWB in jedem Falle Ermessensermächtigungen sind. So hat Benkendorff bereits in der Diskussion über den Kartellgesetzentwurf in WuW 1952,819 (Freies Ermessen als rechtsstaatliches Problem im deutschen Kartellgesetzentwurf) die Auffassung vertreten, daß die "Kann"-Vorschriften für die Erlaubniserteilung der Kartelle bedenklich seien, weil die Tatbestandsvoraussetzungen schon die Fixierung des öffentlichen Interesses darstellten und eine zusätzliche Prüfung des öffentlichen Interesses über die "Kann"-Vorschriften den Kartellbehörden ein zu großer Ermessensspielraum eingeräumt werde. Einen ähnlichen Standpunkt vertritt Würdinger in Der Betrieb, 1953, S. 226 ff. (Kartelle und Justiz), der ausführt, daß die "Kann"-Bestimmungen im GWB in Wirklichkeit keine Ermächtigungen darstellten, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen für eine Kartellerlaubnis vorlägen, sondern die Erlaubnis dann erteilt werden müsse.
- Von Interesse ist in diesem Zusammenhang die Diskussion, die über den Ermessensspielraum der Kartellbehörde in § 31 GWB entstanden ist. Nach § 31 Abs. 1 GWB kann die Kartellbehörde den Antrag auf Eintragung einer Wettbewerbsregel unter bestimmten Voraussetzungen ablehnen. Im Schrifttum wird überwiegend die Auffassung vertreten, daß der Kartellbehörde mit der vom Gesetzgeber gewählten "Kann"-Formulierung keine Ermessensfreiheit eingeräumt sei. (vgl. Völp, Wettbewerbsregeln und Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, WRP, 1957, S. 351 ff.; Gloede in Kartell- u. Preisdienst Nr. 3 v. 1.8.1958, KI - 50 S. 3; Franzen, Auslegungsfragen im Recht der Wettbewerbsregeln, WuW 1957, S. 741 ff.). Das Bundeskartellamt hat sich in seinem Jahresbericht von 1959, Bundestagsdrucksache Nr. 1795, 3. Wahlperiode S. 10 dahingehend geäußert, daß "die Kartellbehörden die nach dem Gesetz möglichen Wettbewerbsbeschränkungen aber nicht schon dann zulassen dürfen, wenn die für den Ausnahmetatbestand aufgestellten Erfordernisse erfüllt sind, sondern auch prüfen müssen,

den genannten Fällen¹⁾ unter Beachtung der im Gesetz aufgestellten Beschränkungen²⁾ gesetzlich nicht verpflichtet ist, eine beantragte Kartellerlaubnis zu erteilen³⁾.

Die Möglichkeit der Wahl zwischen negativer und positiver Bescheidung eines Antrages auf Erteilung einer Kartellerlaubnis gibt der Kartellbehörde einen bestimmten Rahmen der Handlungsfreiheit, der nach h.M. und positivrechtlicher Regelung in den Verwaltungsgerichtsgesetzen bisher als gerichtlich unüberprüfbar angesehen worden ist.

Rechtsfolgeermessen ist der Kartellbehörde auch in § 12 Abs. 2 GWB eingeräumt, wo sie beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 12 Abs. 1 GWB die Möglichkeit hat, den Unternehmern aufzugeben, einen beanstandeten Mißbrauch abzustellen, Verträge oder Beschlüsse zu ändern oder Verträge und Beschlüsse für

ob durch die Zulassung der Wettbewerbsbeschränkung der Marktmechanismus in solcher Weise beeinträchtigt wird, daß mit der Gefahr seiner Funktionsunfähigkeit gerechnet werden muß." vgl. dagegen Dörinkel, Wolfram, Wettbewerbsregeln in der Praxis, WuW 1960, 593 ff. (594): "Die Kartellbehörde, also in erster Linie das Bundeskartellamt, neigt dazu, diese "Kann"-Vorschriften (gemeint ist § 31 GWB) als "Muß"-Vorschrift auszulegen; d.h. also jegliche Wettbewerbsregel abzulehnen, die Kartellcharakter trägt. Daß das nicht unbedingt zu geschehen braucht, besagt der Wortlaut des § 31, der im schriftlichen Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik noch mit folgenden Worten unterstrichen wird: "Die Ablehnungsbefugnis der Kartellbehörde ist in die Form einer "Kann"-Vorschrift gekleidet, da die Frage des Gesetzesverstößes gegebenenfalls eine wirtschaftspolitische Ermessensentscheidung zum Inhalt hat." (WuW-Schriftenreihe, Heft 5, S. 91).

1) Weitere "Kann"-Vorschriften: §§ 6, IV, 8, 11 III und 11 II GWB.

2) z.B. § 7 Abs. 2 GWB.

3) vgl. Benkendorff, WuW 1952, S. 820.

unwirksam zu erklären.

Benkendorff, der ebenfalls den Standpunkt vertritt, daß das Rechtsfolgeermessen unter die Bestimmung von § 7o IV GWB fällt¹⁾, nimmt irrtümlich an, daß Würdinger die Ansicht vertrete, das Rechtsfolgeermessen werde von § 7o IV GWB nicht erfaßt. Wenn Würdinger ausführt²⁾, daß die parlamentarische Auseinandersetzung über die Formulierung des § 7o IV GWB nicht das Rechtsfolge- sondern das Tatbestandsermessen betroffen habe, so ergibt sich aus Würdingers Darlegungen³⁾, daß die endgültige Fassung des § 7o IV GWB lediglich eine Erweiterung der bisherigen Nachprüfungsbefugnis der Gerichte bezwecken sollte. Darüber, daß das Ermessen in der bisher von den Verwaltungsgerichten geübten Form - also Nachprüfung der Rechtmäßigkeit der Ermessensentscheidungen - auch im Rahmendes GWB gerichtlicher Kontrolle unterliegen sollte, bestand auch nach der Meinung Würdingers gar kein Zweifel.

Die Richtigkeit dieser Auffassung ergibt sich bereits aus dem unter Mitwirkung des Bundeswirtschaftsministeriums der endgültigen Fassung vorangegangenen Formulierungsvorschlag, der folgendermaßen lautet:

1) WuW 58, S. 741.

2) WuW 58, 398; die Äußerung von Würdinger, a.a.O. S. 4o2, die Benkendorffs Vorwurf gegen Würdinger stützen soll, spricht sogar gegen Benkendorff. Würdinger schreibt a.a.O. wörtlich: "Mit Recht betont K. Meyer, in Übereinstimmung mit der h.L., daß dieses Ermessen der Behörde immer nur die Rechtsfolge einer Norm sein könne. Für die gerichtliche Kontrolle dieses Ermessens gelten auch im Bereich des GWB die allgemein anerkannten und von der Rechtsprechung angewandten Grundsätze."

3) WuW 58, 396 wörtlich: "... es wurde eine Erweiterung der Kontrolle des Ermessens seitens der Gerichte gefordert."

"Die Verfügung ist auch dann unzulässig und unbegründet, wenn die Kartellbehörde in Fällen, in denen sie ermächtigt ist, nach ihrem Ermessen zu handeln, die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten oder von dem Ermessen unter Verletzung des Sinnes und Zweckes dieses Gesetzes fehlsamen Gebrauch gemacht hat." 1)

Man braucht diese Formulierung nur mit § 114 der VwGO zu vergleichen²⁾, um zu der Feststellung zu gelangen, daß beide inhaltlich nahezu übereinstimmen, so daß die Nachprüfung des Rechtsfolgeermessens von dieser ursprünglichen Wortfassung fraglos umfaßt wird. Um eine weitergehende Ermessensnachprüfung zu ermöglichen, ist deshalb die ursprüngliche Fassung - wie sich schon aus dem Wortlaut ergibt - mit in die endgültige, erweiterte Fassung aufgenommen worden³⁾. Insgesamt gesehen dürfte das Rechtsfolgeermessen allerdings gegenüber der Problematik des Tatbestandsermessens im GWB eine verhältnismäßig untergeordnete Rolle spielen⁴⁾.

Beim Rechtsfolgeermessen ist die Abgrenzung des gerichtlich nicht nachprüfbaren Bereichs nach § 70 IV S. 2 GWB ohne weiteres möglich. Daß die Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung den Kartellbehörden ausschließlich vorbehalten bleiben soll, hat nämlich nur insoweit einen Sinn, als sie in engstem Zusammenhang mit der Verfolgung wirtschaftspolitischer Zwecke steht. Wenn sich nun die - richte - soweit das Rechtsfolgeermessen in Frage steht - trotz ihrer in § 70 IV S. 1 GWB eingeräumten nahezu unbeschränkten Nachprüfungsbefugnis einer Ermessenskontrolle im Rahmen des § 70 IV S. 2 GWB enthalten, dann unterscheidet sich diese beschränkte

1) Würdinger, a.a.O. S. 296

2) vgl. Anm. 2 S. 5.

3) vgl. den Wortlaut der endgültigen Fassung auf S. 4.

4) vgl. Steindorff, a.a.O. S. 31 Anm. 43.

Ermessenskontrolle um nichts von der im Verwaltungsrecht üblichen Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Ermessensentscheidungen. Soweit die Rechtmäßigkeit von Ermessensentscheidungen im Rahmen des § 114 VwGO nachgeprüft wird, ergibt sich der Ermessensspielraum aus dem Zweck der jeweiligen Ermessensermächtigung. Der in § 70 IV S. 2 GWB den Kartellbehörden eingeräumte Ermessensspielraum wird durch die Verfolgung wirtschaftspolitischer Zwecke abgegrenzt. Es fällt jedoch nicht jeder wirtschaftspolitische Zweck in diesen Rahmen, sondern nur solche Zwecke, die mit der Zielsetzung des GWB und dem Grundgesetz übereinstimmen.

c) Das Tatbestandsermessen

Tatbestandsermessen im Verwaltungsrecht finden wir dort, wo es der rechtsanwendenden Behörde innerhalb bestimmter Grenzen gestattet ist, die Voraussetzungen ihres Handelns durch gerichtlich nicht überprüfbaren Ermessensakt zu bestimmen. Ein solcher Fall des Tatbestandsermessens ist z.B. nach der Ansicht des BVerwG¹⁾ in § 9 Abs. 1 des Personenbeförderungsgesetzes bei dem Begriff "Interessen des öffentlichen Verkehrs" gegeben.

Das BVerwG hat zu dieser Frage ausgeführt:

"Die Beurteilung der Frage, ob im Einzelfall den Interessen des öffentlichen Verkehrs Genüge geleistet ist, richtet sich nach verkehrspolitischen und verkehrswirtschaftlichen Gesichtspunkten. Sie liegt deshalb im Ermessen der Verwaltung. Bei dem Begriff "Interesse des öffentlichen Verkehrs" versagen objektive Maßstäbe und Erfahrungssätze; was im Einzelfall den Interessen des öffentlichen Verkehrs entspreche oder widerspreche, richtet sich nicht

1) Urt. v. 10.3.1954, BVerwGE 1, 92 ff.; vgl. auch die Urt. d. BVerwG v. 13.1.1955, BVerwGE 1, 311 u.v. 13.12.1956, DVBl. 57, 496.

allein nach Umfang, Bevölkerungszahl und wirtschaftlicher Struktur des zu betreuenden Verkehrsgebietes; hinzu kommt vielmehr die von der Verwaltung zu lösende Frage, mit welchen Verkehrsmitteln die Interessen des öffentlichen Verkehrs befriedigt werden sollen. Die Entscheidung hierüber muß dem Willensentschluß der Verwaltungsbehörde überlassen bleiben. Schon ihrer Struktur nach kann es sich nicht um eine Rechtsfrage handeln."

Dieses Urteil des BVerwG vom 10.3.1954 ist für die Auslegung von § 70 IV GWB von grundsätzlicher Bedeutung, weil es in den Ausschußverhandlungen bei der Formulierung des § 70 IV GWB Pate gestanden hat¹⁾. Der Gesetzgeber ging von der Überlegung aus, daß es in den Tatbeständen des GWB eine Reihe von Begriffen gibt, die von den Gerichten als Ermessensbegriffe ausgelegt werden. Insoweit hat der Gesetzgeber der herrschenden Lehre und Rechtsprechung Rechnung getragen, die von der Doppeldeutigkeit der unbestimmten Begriffe im Verwaltungsrecht ausgehen. Demnach sollte auch das sog. Tatbestandsermessen von dem Wortlaut des § 70 IV S. 1 GWB erfaßt werden²⁾, woraus sich die Folgerung ergibt, daß sich § 70 IV GWB auf den gesamten Ermessensraum der im GWB geschaffenen Tatbestände erstrecken sollte; und zwar unabhängig davon, ob es sich um Tatbestands- oder Rechtsfolgeermessen handelt³⁾.

-
- 1) Würdinger a.a.O. S. 400; Generalbericht d. Abg. Dr. Hellwig, Müller-Henneberg-Schwartz a.a.O. S. 1172.
 - 2) Ebenso Benkendorff, S. 743, der a.a.O. meint, daß das eindeutig im Gesetz für das Tatbestandsmerkmal der "gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung" in § 70 S. 2 GWB bestimmt worden sei. Benkendorff nennt in diesem Zusammenhang auch die Tatbestände von §§ 4, 5 III, 8, 17 I Nr. 3 GWB.
 - 3) Zweigert, K. Das neue Kartellgesetz, S. 20; Steindorff a.a.O. S. 32 Anm. 47; a.A. Würdinger a.a.O. S. 404.

Auf die verfassungsrechtlichen Bedenken, die durch eine solche Gesetzesauslegung für die Betroffenen mit Rücksicht auf die Meßbarkeit und rechtsstaatliche Kontrolle der Verwaltungsmaßnahmen erwachsen können, ist bereits an anderer Stelle¹⁾ hingewiesen worden. Es bleibt bei Begriffen wie den "Interessen des öffentlichen Verkehrs" allerdings zu fragen, ob die - zumindest teilweise - Einstufung dieses Begriffes in die Kategorie der Ermessensbegriffe zwangsläufig gesetzestechnisch durch die von dem Begriff erfaßte Materie bedingt ist oder ob bei der Auslegung dieses Begriffes das BVerwG sich von Zweckmäßigkeitserwägungen hat leiten lassen. Auf diese Frage wird in den folgenden Kapiteln dieser Arbeit noch ausführlich eingegangen werden, weil sie das Problem der Abgrenzung von Ermessens- und Rechtsbegriffen unmittelbar berührt.

d) Tatbestandsermessen und Beurteilungsspielraum

Nicht identisch mit dem "Tatbestandsermessen" ist der sog. "Beurteilungsspielraum"²⁾. Mit diesem von

1) S. 11 f. dieser Arbeit.

2) Über die verfassungsrechtlichen Bedenken der Einräumung eines "Beurteilungsspielraumes" vgl. Jesch a.a.O. S. 234. Das BVerwG hat in der Entscheidung v. 29.6.1957, JZ 1958, S. 288 die verfassungsrechtliche Zulässigkeit eines "Beurteilungsspielraumes" im Einzelfall ausdrücklich anerkannt. Der "Beurteilungsspielraum" ist die Konzession, welche das Prinzip der Gesetzesmäßigkeit der Verwaltung der Dynamik und Vielgestaltigkeit des Lebens machen muß. Was nützt es schon, wenn man die durch unbestimmte Begriffe dargestellten Handlungsvoraussetzungen der Verwaltung für gerichtlich voll nachprüfbar erklärt, ohne dabei garantieren zu können, daß diese Begriffe ihrer Struktur nach überhaupt geeignet sind, die von ihnen erfaßten Lebenssachverhalte in einer der gerichtlichen Nachprüfung zugänglichen Form zu verdeutlichen? vgl. auch H. Kronstein, Rechtsauslegung im wertgebundenen Recht, S. 10.

Bachof¹⁾ in die wissenschaftliche Diskussion eingeführten Begriff, der inzwischen auch in der Rechtsprechung Eingang gefunden hat²⁾, bezeichnet man einen Spielraum bei der erkenntnismäßigen Beurteilung der Handlungsvoraussetzungen³⁾ der Verwaltungsbehörden.

Der "Beurteilungsspielraum" kommt dem Begriff des "Tatbestandsermessens" sehr nahe, weil er ebenfalls einen Ermessensbereich im Tatbestand einer Rechtsnorm kennzeichnet⁴⁾. Dennoch sollte an der terminologischen Trennung von "Tatbestandsermessens" und

1) JZ 1955, S. 97 ff.

2) BVerwG v. 9.2.1956, BVerwGE Bd. 3, S. 134; v. 29.6.1957, JZ 1958, S. 288; v. 6.2.1958, JZ 1958, S. 703 m. Anm. Jesch; v. 27.2.1959, BVerwGE Bd. 8, S. 192 ff.; OVG Lüneburg v. 19.1.1957, Amtl. Samml. Bd. 12, S. 327 ff.; v. 22.8.1958, DVBl. 1958, S. 837 ff.

3) vgl. Bachof a.a.O. S. 98.

4) R. Klein, ArchöR Bd. 82, S. 103 ff.; Jesch a.a.O. S. 233. Die von Jesch a.a.O. S. 230 vorgenommene Interpretation des Begriffs des "Beurteilungsspielraumes" halte ich für zu eng. Wenn Jesch ausführt, daß das rechtstheoretische Problem des "Beurteilungsspielraumes" das gleiche sei, das bei der Revisibilität unbestimmter Begriffe auftauche, weil es Begriffe gebe, die "im konkreten Fall nur bis zu einem gewissen Grad in Faktenbegriffe und diesen kongruenten Rechtsbegriffe aufgelöst werden können", so weicht er insofern von Bachof in JZ 1955, S. 100 ab, der den "Beurteilungsspielraum" in erster Linie in dem Spielraum mehrerer vertretbarer Würdigungen von bereits festgestellten Tatsachen erblickt. Bachof schreibt wörtlich: "Tatbestandsmäßige Voraussetzung des Verwaltungshandelns ist dann eben nicht, daß eine Tatsache einem Wertbegriff wirklich unterfällt, sondern nur, daß sie von der Behörde bei verständiger Würdigung als diesem Begriff unterfallend angesehen werden darf." Unter tatbestandsmäßiger Voraussetzung versteht Bachof hier nicht den Untersatz des im Tatbestand eines Gesetzes zur Anwendung kommenden unbestimmten Rechtsbegriffs, sondern dessen Obersatz, welcher mit der Bewertung der den Untersatz bildenden Tatsachen von der Verwaltungsbehörde nach eigenem, subjektivem Ermessen gebildet wird. Bachof hat dabei diejenigen Fälle im Auge, die keinen objektiven Maßstab für die Vornahme einer Wertung bei der

"Beurteilungsspielraum" festgehalten werden. Dem

Begriffsanwendung zu geben vermögen. (vgl. auch Ule, Ged.Schrift f. W. Jellinek, S. 328) Das macht Bachof an dem Begriff der "anständigen Baugesinnung" deutlich. Es geht hierbei um die Anwendung des unbestimmten Rechtsbegriffs im "Begriffshof". Die Grenze des "Beurteilungsspielraumes" und der gerichtlichen Nachprüfung soll nach Bachof dort liegen, wo sich keine objektive - rechtliche - Maßstäbe bei der Begriffsanwendung finden lassen. (Das gleiche gilt für Ule, Ged.Schrift f. W.Jellinek, S. 328; vgl. auch Jarosch, DVBl.1954,525; Less,DÖV 1957, S.418(422)) Soweit objektive Maßstäbe bei der Begriffsanwendung nicht vorhanden sind, ist es weniger von Bedeutung, ob alle diejenigen Tatsachen zur Kognition des Gerichts gebracht werden können, welche der Würdigung der Verwaltung zugrunde gelegen haben. Diese Schwierigkeit erhält im Hinblick auf eine rechtliche Überprüfung erst dann Gewicht, wenn objektive Maßstäbe bei der Begriffsanwendung vorhanden sind, sofern alle diejenigen Tatsachen dem Gericht mitgeteilt werden können, die zur Bewertungsgrundlage des zur Anwendung gelangenden Begriffs notwendigerweise gehören. In der Unmöglichkeit der Auflösung mancher unbestimmten Rechtsbegriffe in eine von Verwaltungsbehörde und Gericht in vollem Umfange gleichliegenden Bewertungsgrundlage tritt somit eine zusätzliche Ausweitung des "Beurteilungsspielraumes" hinzu, weil an eine unvollständige Bewertungsgrundlage nur sehr begrenzt objektive Maßstäbe bei der Bewertung angelegt werden können. (vgl. hierzu die Ausführungen auf S. 68 ff.) .

Beim "Beurteilungsspielraum" kann also die Frage, ob bei der gerichtlichen Nachprüfung Rechtsfragen zu Ermessensfragen gestempelt werden, (vgl. hierzu Urt. des OLG Hamburg v. 31.1.1954, MdR 1954,251 (252)) nicht akut werden, sondern es geht dabei nur um die Entscheidung, ob die Verwaltung oder das Gericht endgültig über eine ihrem Wesen typische Ermessensfrage zu befinden hat. Wenn Jesch a.a.O. S. 209 den Unterschied von Ermessensausübung und Interpretation darin sieht, daß bei der Interpretation eine Verknüpfung zwischen Rechtsbegriff und außerrechtlichen Begriff stattfindet und daß durch die Rezeption der außerrechtlichen Norm die Rechtsnorm inhaltlich ausgefüllt und bestimmt werde, so ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, daß es bei rein subjektiven Wertentscheidungen der Verwaltungsbehörde gerade keine außerrechtlichen Norm gibt, die zur inhaltlichen Ausfüllung des unbestimmten Rechtsbegriffs herangezogen werden kann. Welche Instanz soll beispielsweise darüber befinden, ob 140 oder 141 Kraftdroschken in einer Stadt den Interessen des öffentlichen

"Tatbestandsermessen" sind alle diejenigen Fälle zuzurechnen, in denen der Gesetzgeber der rechtsanwendenden Behörde die Befugnis eingeräumt hat, die Voraussetzungen ihres Handelns in Bezug auf einen gesamten Tatbestand nach Ermessensgrundsätzen in eigener Kompetenz festzulegen. Von einem "Beurteilungsspielraum" sollte dagegen immer nur dann die Rede sein, wenn der Verwaltungsbehörde "aus praktischen Erwägungen oder auf Grund gesetzlicher Anordnung"¹⁾ hinsichtlich der Würdigung der für die Anwendung eines unbestimmten Begriffs erforderlichen Tatsachen ein gerichtlich nicht mehr korrigierbarer Bereich eingeräumt wird. Ob sich dieser Bereich auf alle bei der Begriffsanwendung zu berücksichtigenden Tatsachen erstreckt oder nur auf einen Teil der Tatsachen, ist von der Gestaltung des jeweiligen Falles abhängig.

V. Die unbestimmten Begriffe im GWB

Wenn die Auffassung des BVerwG und die der h.M. richtig ist, daß es auch heute noch gesetzliche Tatbestände gibt, die vom Gesetzgeber so vage formuliert sind, daß man ihren Inhalt nur im Wege des Ermessens ermitteln kann, dann ist eine solche Feststellung für die Ermittlung des Ermessensbereichs der Kartellbehörden im GWB von nicht zu unterschätzender Bedeutung. Vor allem in den Tatbeständen des materiellen Kartellrechts des GWB finden wir eine Vielzahl von unbestimm-

Verkehrs zuwiderlaufen? Sofern als Maßstab für die Anwendung eines Begriffs nur die den Begriff anwendende Instanz infrage kommt, sollte deshalb der Verwaltungsbehörde Maßgeblichkeit beigemessen werden. Dafür spricht ihre "Verwaltungsnähe".
1) Jesch a.a.O. S. 221; Bachof a.a.O. S. 100.

ten Begriffen, die sich in ihrer Struktur von den unbestimmten Begriffen des Verwaltungsrechts wie beispielsweise "Bedürfnis", "anständige Brugesinnung", "Zuverlässigkeit" um nichts unterscheiden. Ihre Besonderheit liegt lediglich darin, daß sie als Instrumente des Gesetzgebers zur Regelung kartellrechtlicher Fragen spezifisch wirtschaftsrechtlichen Gehalt aufweisen.

Von den unbestimmten Begriffen im GWB sind vor allem zu nennen: Beschränkung des Wettbewerbs (§ 1), ungerechtfertigt unterschiedliche Behandlung (§ 3 Abs. 1), schädliche Wirkungen, angemessene Versorgung (§ 3 Abs. 3 Nr. 2), nachhaltige Änderung der Nachfrage, planmäßige Anpassung an den Bedarf, Berücksichtigung der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls (§ 4), Eignung, die Leistungsfähigkeit oder Wirtschaftlichkeit der Unternehmen in technischer, betriebswirtschaftlicher oder organisatorischer Beziehung wesentlich zu heben und dadurch die Befriedigung des Bedarfs zu verbessern. (§ 5 Abs. 2), Interesse der Allgemeinheit, angemessenes Verhältnis (§ 5 Abs. 3), wesentliche Beschränkung des Wettbewerbs (§ 6 Abs. 3 Nr. 2), überwiegende Gründe der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls (§ 8 Abs. 1), unmittelbare Gefahr, besonders schwerwiegender Einzelfall (§ 8 Abs. 2), Mißbrauch der Marktstellung (§ 12 Abs. 1 Nr. 1), wichtiger Grund (§ 13 Abs. 1), unbillige Einschränkung und Behinderung (§§ 18 Abs. 1, 26, 27), angemessene Gegenleistung (§ 18 Abs. 2).

Es ist bereits darauf hingewiesen worden¹⁾, daß nach dem heutigen Stand in Schrifttum und Rechtsprechung überwiegend von der Doppeldeutigkeit der unbestimmten Begriffe im Verwaltungsrecht ausgegangen wird. Das bedeutet, daß die Gerichte einen Teil der unbestimmten Be-

1) S. 20.

griffe im GWB als Rechtsbegriffe und andere als Ermessensbegriffe ansehen könnten, oder daß ein unbestimmter Begriff in dem einen Fall als gerichtlich voll nachprüfbarer Rechtsbegriff angesehen wird, während er im anderen Fall als Ermessensbegriff zugunsten eines gerichtlich nicht überprüfbaren Ermessensspielraumes der Verwaltung ausgelegt wird. Als Beispiel hierfür ist wiederum der Begriff der "Interessen des öffentlichen Verkehrs" in § 9 Abs. 1 PBefGes. sehr lehrreich, der entgegen der Auffassung des BVerwG, daß es sich um einen Ermessensbegriff handle, vom OVG Münster¹⁾, dem BayerVG²⁾ und dem HessVG³⁾ als nachprüfbarer Rechtsbegriff angesehen worden ist.

Mit der Feststellung, daß die unbestimmten Begriffe im GWB sowohl Rechts- wie Ermessensbegriffe sein können, haben wir aber für die Ermittlung der Ermessenstatbestände im GWB nicht viel gewonnen. Wir wissen immer noch nicht, in welchen Fällen im GWB ein unbestimmter Begriff in die eine oder die andere Kategorie fällt. Es gilt also, zu prüfen, nach welchen Maßstäben man zum Rechts- bzw. Ermessensbegriff gelangt. Diese Unterscheidung ist im GWB schon deshalb von großer Bedeutung, weil § 70 IV S. 2 GWB die Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung durch die Gerichte im Bereich des Ermessens ausschließt.

1) Urtl. v. 20.7.1954, DÖV 1955, S. 345.f.

2) Urt. v. 18.2.1955, DVBl. 1955, 253 ff.

3) Urt. v. 7.3.1952, ESVGH 2,86; Urt. v. 21.11.1952, ESVGH 2,105; Urt. v. 26.6.1957 - OS II 92/55; Urt. v. 1.11.1957 OS II 10/1957; Beschl. v. 1.3.1955 - B/II 27/54.

Eine Lösung des Problems ist nur im Wege der Auslegung möglich¹⁾. Es muß bei unbestimmten Begriffen in jedem Falle bei der Gesetzesanwendung geprüft werden, ob es sich um Ermessen oder gesetzliche Gebundenheit handelt²⁾.

Überwiegend³⁾ besteht Einigkeit nach wie vor darin, daß unbestimmte Begriffe, "die im Einzelfalle eindeutig nur einer Bejahung oder Verneinung fähig sind", verwaltungsgerichtlich voll nachprüfbar Rechtsbegriffe sind, sofern nicht das einschlägige Gesetz ausdrücklich eine andere Regelung trifft⁴⁾. Die Entscheidung soll hier nicht dem freien Entschluß der Behörde überlassen bleiben⁵⁾.

E. Forsthoff gibt den derzeitigen Stand der h.M. zutreffend wieder, wenn er ausführt⁶⁾, daß die allgemeine Meinung sich der Auffassung W. Jellineks angeschlossen habe, wonach bei der Auslegung eines unbestimmten Rechtsbegriffs die eine richtige Entscheidung durch Einengung des Begriffs auf den konkreten Fall zu ermitteln sei und daß hierbei die ratio legis und die gesellschaftlichen Anschauungen heranzuziehen seien. Die terminologische Frage, ob die mit den unbestimmten Rechtsbegriffen zum Ausdruck gebrachte gesetzliche Gebundenheit mit v. Laun als "gebundenes Ermessen"⁷⁾ zu bezeichnen sei, ist

1) vgl. Schmidt-Brücken S. 43 und Huber Bd. II S. 654; Krönig, E. MdR. 48, 130.

2) vgl. die Literaturangaben auf S. 20.

3) Wegen des der Verwaltung eingeräumten Beurteilungsspielraums vgl. Ule, S. 315 ff.

4) Loening, a.a.O. S. 200.

5) Forsthoff, 6. Aufl. S. 69 f.; Peters, VerwR S. 11/92, Scheuner, VerwArch 33, S. 69.

6) S. 79 a.a.O.

7) Das fr. Ermessen. S. 50; v. Laun hat aber ausdrücklich hervorgehoben, daß es einen prinzipiellen Gegensatz zwischen dem gebundenen Ermessen und der strikten Gebundenheit nicht gebe, a.a.O. S. 60/61. So spricht auch das Landesverwaltungsgericht in

als irreführend¹⁾ überwiegend abgelehnt worden.

Trotz jahrzehntelangen Bemühens um eine endgültige Klärung des Problems der Qualifizierung der unbestimmten Begriffe ist die Problematik in diesem Punkt in der Gegenwart noch die gleiche geblieben²⁾.

Nicht gleich geblieben ist jedoch in der Verwaltungsrechtsprechung die Zahl derjenigen unbestimmten Begriffe, die früher als Ermessensbegriffe angesehen worden sind und heute als Rechtsbegriffe von den Verwaltungsgerichten in vollem Umfange nachgeprüft werden. Es hat ein "Umschlagen"³⁾ von zahlreichen Ermessensbegriffen zu Rechtsbegriffen stattgefunden, die "infolge eines im Laufe der Zeit vollzogenen Sinneswandels ... in steigendem Umfang der Kontrolle der Gerichte unterworfen"⁴⁾ worden sind.

Minden in dem Urt. II K 21e/51 v. 28.8.1951 noch von "gebundenem Ermessen." Auch Bachof bezeichnet noch in seinem Aufsatz "Die verwaltungsgerichtliche Ermessenskontrolle" in SJZ 1948, S. 742 ff. die unbestimmten Rechtsbegriffe als "gebundenes Ermessen". Später hat er jedoch seine Auffassung dahingehend modifiziert, daß die unbestimmten Rechtsbegriffe kein echtes Ermessen einräumen, sondern lediglich der rechtlichen Beurteilung einen gewissen Spielraum offen lassen. (vgl. Bachof, Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Begriff im Verwaltungsrecht, JZ 1955, S. 97 ff.).

- 1) Scheuner, VerwArch 33,69; Loening, a.a.O. S. 236; Menger, S. 126.
- 2) vgl. Bachof, SJZ 48, S. 742 ff.
- 3) Dürig, Günter, "Bedürfnis" und "öffentliches Interesse" als Rechtsbegriffe, JZ 53,535; auch Ringe, Karl, Bebauungsgenehmigung u. Flächennutzungsplan in DVBl. 1953, 236 ff. spricht auf S. 297 davon, daß eine "Umwandlung von Ermessensbegriffen in unbestimmte Rechtsbegriffe" stattgefunden habe. Der heutige unbestimmte Rechtsbegriff sei "ursprünglich" ein Ermessensbegriff gewesen; vgl. auch Jarosch, a.a.O., S. 521; Huber, WirtschaftsverwW, Bd. 2, S. 655.
- 4) Jarosch, DVBl. 54,521.

VI. Ausblick über den weiteren Gang der Arbeit

Für die Bestimmung des Umfangs der Einschränkung des gerichtlichen Ermessensraumes in § 70 IV S. 2 GWB können wir uns nicht damit begnügen, den von der h.M. eingenommenen Standpunkt der Doppeldeutigkeit der unbestimmten Rechtsbegriffe vorbehaltlos zu übernehmen. Wenn die Qualifikation eines unbestimmten Begriffes als Ermessens- oder Rechtsbegriff von der Auslegung abhängig ist, dann haben wir die Frage des Geltungsbereiches von § 70 IV S. 2 GWB, der nach seiner systematischen Stellung im Gesetz eine Einschränkung der Ermessensnachprüfung sein soll, noch nicht beantwortet. Es gilt nämlich noch zu prüfen, in welchem Umfange die Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung bei der Auslegung und Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe eine Rolle spielt. Auch können bei der Qualifizierung eines unbestimmten Begriffes als Rechtsbegriff verfassungspolitische Erwägungen eine entscheidende Rolle spielen¹⁾. Dann geht es bei der gerichtlichen Überprüfung vielmals nicht so sehr um Rechts- sondern um Zuständigkeitsprobleme im Verhältnis zwischen der Verwaltung und den Gerichten. Wird - wie es gelegentlich geschieht - ein unbestimmter Begriff von den Gerichten lediglich deshalb als Rechtsbegriff angesehen, um eine unbeschränkte Nachprüfung zu ermöglichen, dann ist die Ermessensstruktur eines solchen Begriffes durch eine derartige Verfahrensweise keineswegs beseitigt.

Bei der Ermittlung der Tragweite von § 70 IV S. 2 GWB

1) vgl. Erich Haschtmann, Der Einfluß der verfassungspolitischen Entwicklung auf Ermessens-Rechtsprechung und Schrifttum, Diss. Frankfurt am Main 1958.

muß es uns aber darum gehen, den tatsächlichen Umfang des Ermessens zu ermitteln, unabhängig davon, ob ein Begriff aus rechtspolitischen Überlegungen zu einem Rechtsbegriff deklariert wird oder nicht. Allein die Tatsache, daß nach h.M. ein und derselbe Begriff einmal Ermessens- und zum anderen Mal Rechtsbegriff sein kann, läßt den Verdacht nicht abweisen, daß gerade in solchen Fällen formale Erwägungen den Ausschlag geben können. Wir können deshalb unsere Aufgabe erst dann als gelöst betrachten, wenn wir Kriterien aufzeigen können, nach denen eine eindeutige materielle Abgrenzung zwischen Ermessen und rechtlicher Bindung möglich ist. Erst dann wird es uns möglich sein, den Umfang der Ermessenseinschränkung in § 70 IV S. 2 GWB anzugeben.

Die Überlegung des Gesetzgebers bei der Schaffung des § 70 IV S. 2 GWB war - wie aus den Gesetzesmaterialien hervorgeht - ¹⁾, wirtschaftspolitische

-
- 1) Der Vertreter des Bundeswirtschaftsministeriums hat in den Beratungen über die Formulierung des § 70 IV GWB zum Ausdruck gebracht (215. Sitzung des Rechtsausschusses, Niederschrift S. 4), daß die "echten kartellpolitischen Entscheidungen" nicht aus der Hand der Kartellbehörde genommen werden dürften. Der Vorsitzende Hoogen hat die Auffassung des Rechtsausschusses dahingehend zusammengefaßt (219. Sitzung, Niederschrift S. 2), daß das Ermessen zwar in einem weiteren Umfange als bisher überprüft werden sollte, daß die Gerichte aber keineswegs die Wirtschaftspolitik der Regierung betreiben, beeinflussen oder ändern sollten. "Nichts anderes sollte durch den letzten Satz des Abs. IV zum Ausdruck gebracht werden." Im gleichen Sinne äußerte sich der Bundeswirtschaftsminister (219. Sitzung, Niederschrift S. 6), der Ausschuß für Wirtschaftspolitik (195. Sitzung) (Kurzbericht S. 6) sowie der Abgeordnete Wahl in der Bundestags-sitzung vom 3.7.1957 (Niederschrift S. 13170).

Entscheidungen der über den zuständigen Minister parlamentarisch verantwortlichen Verwaltung ausschließlich zu überlassen. Sollte nun dadurch, daß im Wege der Gesetzesauslegung ein ursprünglich als Ermessensbegriff angesehener Begriff, der mithin auch unter die Regelung des § 7o IV S. 2 GWB fallen würde, mit der Qualifikation als Rechtsbegriff die Anwendbarkeit des § 7o IV S. 2 GWB ausschließen? Diese Frage könnte nur dann vorbehaltlos mit ja beantwortet werden, wenn in einem solchen Falle auch die Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung ausgeschlossen werden würde. Darüber hinaus ist generell die Frage zu stellen, in welchem Umfange die Auslegung von Rechtsbegriffen im GWB den Gerichten durch § 7o IV S. 2 GWB entzogen wird.

Es muß als äußerst fraglich angesehen werden, daß beispielsweise bei der Auslegung des Begriffs "Interesse der Allgemeinheit" in § 5 Abs. 3 GWB, der wohl immer die Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung erfordert, nur dann § 7o IV S. 2 GWB beachtet werden sollte, wenn man diesen Begriff als Ermessensbegriff ansieht.

Es ist deshalb nützlich, wenn wir uns grundsätzlich Klarheit darüber verschaffen, bei welchen Begriffen im GWB die Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung eine Rolle spielt. Vor allem müssen wir uns dabei vergegenwärtigen, was unter dem Begriff der Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung zu verstehen ist.

Ausgangspunkt für unsere Untersuchung soll dabei folgende Überlegung sein: Sinn und Aufgabe jeder

gesetzlichen Regelung durch den Gesetzgeber ist es, Lebenssachverhalte zu regeln. Dabei muß sich der Gesetzgeber der Begriffe bedienen, weil eine andere Art der Kenntlichmachung des gesetzlichen Willens dem menschlichen Denken nicht zugänglich ist. Darum ist es für den Gesetzgeber wichtig, sich bei jeder gesetzlichen Regelung darüber Klarheit zu verschaffen, welche Instanz das für die Bildung des Obersatzes beim Syllogismus erforderliche Begriffsmaterial liefern soll. In der Regel ist es so, daß der Gesetzgeber zwar im gesetzlichen Tatbestand einen Obersatz durch Begriffe bildet, dieser Obersatz aber für die Anwendung der Norm so lückenhaft ist, daß er noch der Auslegung bedarf. Auslegung ist in dieser Sicht gesehen nichts anderes als Begriffsbildung. Die Kardinalfrage dreht sich immer nur darum, woher die zur Auslegung notwendigen Begriffe genommen werden sollen. Ein Syllogismus vollzieht sich deshalb auch bei der weitesten Gesetzesauslegung. Und wenn die Verwaltungsbehörde nach Ermessen entscheidet, dann bildet sie sich kraft der in der Ermessensnorm enthaltenen Ermächtigungen den - insoweit nicht nachprüfbaren - Obersatz selbst. Eine Subsumtion findet auch im Falle des Ermessens statt.

Mit dem Hinweis auf die begriffliche Struktur des Obersatzes bei der Gesetzesanwendung ist es aber noch nicht getan. Die vom Gesetzgeber verwendeten Begriffe sind nämlich nicht die in der vorjuristischen Begriffswelt gebildeten Begriffe, sondern Rechtsbegriffe, die eine von den vorjuristischen Begriffen abweichende spezifische Begriffsstruktur aufweisen. Deshalb soll in den weiteren Ausführungen auch auf die Struktur der Rechtsbegriffe eingegangen

werden. Erst dann, wenn wir Klarheit darüber gewonnen haben, wie der juristische Obersatz bei den unbestimmten Rechtsbegriffen gebildet wird, wollen wir der Prüfung nähertreten, in welchem Umfang die Nachprüfung des Obersatzes von § 70 IV S. 2 GWB beeinflusst wird.

Z w e i t e r T e i l

DER WILLE DES GESETZGEBERS UND SEINE BEDEUTUNG FÜR DIE BILDUNG DES OBERSATZES

I. Gesetz und Begriff

Der Gesetzgeber bedient sich als Instrument bei der Regelung von Lebenssachverhalten durch Rechtsnormen der Begriffe. Mit der Aufnahme eines Begriffs in eine Rechtsnorm wird dieser zu einem Rechtsbegriff¹⁾. Wenn nun der Gesetzgeber für die Verwirklichung seiner Vorstellungen und Absichten Begriffe verwendet, dann muß es seine vornehmste Aufgabe sein, für die Manifestierung des gesetzgeberischen Willens solche Begriffe zu wählen, die als Träger und Mittler seiner Absichten genügend klar und bestimmt sind. Nur auf diese Weise ist es möglich, die Gleichmäßigkeit bei der Gesetzesanwendung zu sichern²⁾. "Der Gesetzgeber geht von der Voraussetzung aus, daß die Tatbestände und Wirkungen, die er im Rechtssatz verbindet, sich im Leben verwirklichen, und die entsprechenden Begriffe müssen daher so gebildet sein, daß dies möglich ist"³⁾. Gelänge es dem Gesetzgeber, durch hinreichend bestimmte Begriffe seine Absichten und Vorstellungen genau und unmißverständlich zu objektivieren, so wäre eine Auslegung der Rechtsnormen nahezu überflüssig; denn in diesem Falle ergäbe sich der Wille des Gesetzgebers eindeutig aus der Rechtsnorm selbst, ohne daß es noch einer Bezugnahme auf außerhalb der Rechtsnorm liegende Kategorien bedürfte.

1) Salomon, a.a.O., S. 15, 19; Radbruch, Handlungsbegriff, a.a.O., S. 31/32; Engisch, Relativität der Rechtsbegriffe, a.a.O., S. 59.

2) Müller-Erzbach, Die Relativität der Rechtsbegriffe usw., S. 1

3) Rümelin, Juristische Begriffsbildung, S. 13.

Ein Blick auf die Wirklichkeit lehrt und jedoch, daß es dem Gesetzgeber nur selten möglich ist, seinen Willen in absolut eindeutiger Weise zum Ausdruck zu bringen. Wir stellen fest, daß nahezu alle Rechtsbegriffe mehr oder weniger unbestimmt sind, so daß der Auslegung bei der Gesetzesanwendung eine hervorragende Bedeutung zukommt. Die Auslegung muß das Maß an Bestimmtheit liefern, das die Begriffe selbst nicht zu geben vermögen.

Das Streben nach Eindeutigkeit bei der Gesetzesauslegung in der Absicht, die für einen Fall allein richtige Entscheidung zu treffen, hat freilich nur dann eine Berechtigung, wenn eine solche Eindeutigkeit und Bestimmtheit zur Regelung eines konkreten Lebenssachverhalts vom Gesetzgeber auch beabsichtigt ist¹⁾. Wenn der Gesetzgeber bewußt einen Spielraum für die Anwendung des Gesetzes offenläßt, dann ist dieses Maß an Entscheidungsfreiheit ebenso "eindeutig" gewollt wie die enge gesetzliche Bindung bei solchen Rechtsbegriffen, die Träger einer bestimmten vom Gesetzgeber bereits getroffenen Entscheidung sind.

Zum Problem wird die Frage nach dem Willen des Gesetzgebers aber dann, wenn dasselbe Wort einmal für einen Ermessensbegriff und ein anderes Mal für einen auf eine bestimmte Entscheidung zielenden eindeutigen Begriff als Zeichen verwendet wird. Nach h.M.²⁾ ist es durchaus denkbar, daß die Verwendung des gleichen Wortes in zwei verschiedenen Rechtsnormen eine grundsätzlich andersartige Begriffsstruktur³⁾ zum Ausdruck bringt. Eine solche Doppelfunktion könnte einer Begriffsbezeichnung nur dann zugeschrieben

1) Ehrlich, a.a.O., S. 285... "die Auslegung könnte nur ergeben, was im Bewußtsein des Gesetzgebers enthalten ist."

2) vgl. unten S. 20.

3) Unter verschiedener Begriffsstruktur soll hier der Gegensatz vom Ermessensbegriff zum bestimmten Begriff verstanden werden.

werden, wenn sie nicht lediglich durch die äußere Erscheinung ihres Wortgebildes, sondern durch andere Gründe bestimmt wird.

Hier ist deshalb allgemein die Frage nach der Struktur und dem äußeren Erscheinungsbild der Rechtsbegriffe zu stellen. Erst wenn diese einmal erkannt sind, können die Grenzen der Verwendbarkeit von Rechtsbegriffen als Mittler des gesetzgeberischen Willens sichtbar werden.

Die Erfassung des Wesens der Rechtsbegriffe genügt hierbei jedoch nicht. Denn der Rechtsbegriff soll ausschließlich den Aufgaben der Rechtswissenschaft dienen und unterscheidet sich dadurch vom logischen Begriff.

Den logischen Begriff kann die Rechtswissenschaft aber nicht ignorieren, weil die fundamentale Bedeutung der Logik sich darin zeigt, "daß die Einhaltung ihrer Regeln eine notwendige Bedingung für jegliche Wissenschaft ist"¹⁾. "Die Jurisprudenz muß zwar den logischen Begriff rezipieren und ist also in einem weiteren Sinne "unselbständig", es gilt jedoch, den "logischen" Begriff zu einem "juristischen" fortzubilden, so daß der fertige juristische Begriff schließlich mehr als ein nur logischer, etwas ganz anderes als ein logisch richtiger ist."²⁾

Die Struktur des logischen Begriffs ist für die Auslegung des Rechtsbegriffs von grundlegender Bedeutung, weil der logische Begriff uns als Maßstab dafür dient, welche logischen Voraussetzungen für das menschliche Denken gegeben sein müssen, um einen

- 1) Klug, a.a.O., S. 2, der zutreffend hervorhebt, daß die Begriffsanwendung immer eine logische ist, ganz gleich, welcher Auslegungstheorie man auch folgt. Was sich ändert, sind nur die Prämissen, welche dem jeweiligen Urteil zugrunde gelegt werden.
- 2) Löwenstein, a.a.O., S. 11.

Ausschnitt aus der Lebenswirklichkeit begrifflich zu erfassen. Wenn bei der Gesetzesanwendung ein Lebenssachverhalt unter Rechtsbegriffe subsumiert werden soll, dann ist eine unmittelbare Subsumtion unter die konkreten Rechtsbegriffe nur dann möglich, wenn die den Sachverhalt wiedergebenden Begriffe sich mit den Rechtsbegriffen zweifelsfrei decken. Andernfalls müssen die Rechtsbegriffe ausgelegt werden, um den Obersatz mit den erforderlichen zusätzlichen Begriffen auszustatten, welche dann erst die Subsumtion ermöglichen.

Das Wesen des logischen Begriffs ist somit für die Erkenntnis des Wesens des juristischen Begriffs von grundsätzlicher Bedeutung¹⁾. Auf eine Analyse des logischen Begriffs kann im Hinblick auf das in dieser Arbeit gesetzte Ziel aus diesem Grunde nicht verzichtet werden.

Aber nicht nur für die Auslegung des Rechtsbegriffs ist der logische Begriff von Bedeutung. Bei der Trennung von Tat- und Rechtsfrage spielt er eine nicht minder große Rolle. Der Syllogismus bei der Rechtsanwendung vollzieht sich dadurch, daß logische Begriffe, die einen Sachverhalt widerspiegeln²⁾, unter die Rechtsbegriffe des juristischen Obersatzes subsumiert werden. Die Erfassung und Feststellung des Sachverhalts ist ja - abgesehen von den sog. "technischen" Begriffen - nur durch logische Begriffe möglich, wie sich aus den Darlegungen des folgenden Abschnitts ergeben wird³⁾.

1) vgl. Radbruch, Rechtsphilosophie, S. 219.

2) Es ist deshalb unrichtig, wenn von der Subsumtion eines Sachverhalts unter die Begriffe des gesetzlichen Tatbestandes gesprochen wird. Subsumieren kann man nur Begriffe; vgl. Engisch, Logische Studien, S. 22; Scheuerle, S. 18.

3) vgl. auch Scheuerle, S. 28, 51.

Da nun aber eine Subsumtion nur dann stattfinden kann, wenn Ober- und Untersatz sich decken, müssen die den Obersatz bildenden Rechtsbegriffe in ihrer Struktur den (logischen) Tatsachenbegriffen des Untersatzes gleich sein.

Sofern die Auslegung der Rechtsbegriffe unter Zuhilfenahme sog. Mittelbegriffe¹⁾ zur Bildung des Obersatzes einer den Anforderungen der Subsumtion genügenden Weise möglich ist, bietet die Trennung von Tat- und Rechtsfrage keine nennenswerten Schwierigkeiten. Das ist vor allem bei ausreichend bestimmten Erfahrungsbegriffen der Fall. Anders ist die Sachlage jedoch bei den Wertbegriffen, die wir im GWB sehr zahlreich vorfinden²⁾, bei denen die Trennung von Tat- und Rechtsfrage zu unlösbaren Schwierigkeiten führen kann, weil die Auflösung eines Wertbegriffs in die zur Subsumtion erforderlichen (logischen) Tatsachenbegriffe in solchen Fällen außerordentlich schwierig sein kann. Im Schrifttum wird eine Trennung von Tat- und Rechtsfrage bei Wertbegriffen überwiegend sogar als nicht vollziehbar angesehen³⁾.

Die Trennung von Tat- und Rechtsfrage bei den unbestimmten Begriffen im GWB ist für die Frage des Geltungsbereiches von § 7o IV S. 2 GWB von besonderem Gewicht, weil die Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung der gerichtlichen Nachprüfung entzogen ist.

- 1) Die Bezeichnung Mittelbegriffe ist insofern anschaulich, als damit verdeutlicht wird, daß eine Subsumtion eines in Tatsachenbegriffen erfaßten Sachverhalts unter die Rechtsbegriffe des gesetzlichen Tatbestandes in der Regel nur durch ergänzende Auslegung der Rechtsbegriffe stattfinden kann. Erst diese (Auslegungs)-Mittelbegriffe sind es, die den subsumtionsfähigen Obersatz bilden; vgl. hierzu Ule, a.a.O. S. 315, Jesch, a.a.O. S. 227.
- 2) vgl. S. 34 ff.
- 3) Scheuerle, S. 3.

II. Der logische Begriff

Die äußere Erscheinungsform der Begriffe ist die Sprache. Sie begegnen uns im Deutschen als Substantive, Adjektive, Verben, Adverbien usw. Da aber die meisten Formen der Sprache wie "gehst", "Hauses", "oder" usw. nur in sprachlichem Zusammenhang des jeweiligen Satzes in ihrer sprachlichen Funktion verständlich sind, erweisen sich die Substantive im Nominativ oder dem bedeutungsgleiche Formen als die für Begriffe angemessene deutsche Sprachform¹⁾. Die Worte bezeichnen aber lediglich die Begriffe. Die Begriffe selbst sind durch die Worte noch nicht dargestellt²⁾.

"Das menschliche Denken bildet die Begriffe, indem es die unter die allgemeinen Wortbedeutungen subsumierten Objekte³⁾ analysiert und nun ... eine bestimmte Anzahl von "Merkmalen" dieser Objekte zu einem Begriff zusammenschließt mit dem Bewußtsein, daß gerade diese Merkmale als die Elemente des Begriffs zusammengehören"⁴⁾. Damit wird zugleich die Bedeutung oder die allgemeine Vorstellung von dem Begriff definiert und von anderen Begriffen scharf abgegrenzt. Die Definition des Begriffs ist der Begriff selbst⁵⁾.

1) vgl. v. Freytag-Löringhoff, a.a.O. S. 22.

2) vgl. Drews, a.a.O. S. 97.

3) Engisch, Log. Studien, S. 24 Anm. 3: Objekte im obigen Sinne sind "nicht nur reale Dinge, sondern auch Eigenschaften an Dingen, Beziehungen und Verhältnisse, Zustände und Vorgänge, weiter auch irreal Gebilde wie z.B. die mathematischen und rein logischen Gebilde, unter anderem aber auch die Begriffe selbst, die also ihrerseits zu Objekten eines Begriffs werden können".

4) Rickert, Zur Lehre von der Definition, a.a.O. S. 27.

5) Rickert, a.a.O. S. 48; eine Definition ist nach Aristoteles eine Aussage, in der das "Wesen" des zu Definierenden angegeben wird. Unter dem Wesen des Begriffs versteht er dessen grundwesentlichen Merkmale, vgl. Dubislav, a.a.O., S. 2/3.

Wesentlich für den Begriff ist das Gemeinsame einer Gesamtheit von Objekten unter einem gemeinsamen Namen "im Hinblick darauf, daß jenen Objekten etwas Gemeinsames eignet, daß sie irgendwie gleichgeartet oder wenigstens ähnlich sind und darum eine Zusammenfassung verdienen"¹⁾.

Die Begriffsbildung geschieht somit durch Abstraktion von denjenigen Merkmalen, die nur bei einzelnen Objekten als individuelle vorkommen. Konstitutiv für den Begriff sind nur die gemeinsamen Merkmale, die man als die wesentlichen Merkmale bezeichnet.

Der Begriffsinhalt besteht in der Gesamtheit seiner Merkmale^{2) 3)}. Die Merkmale des Begriffs sind "die Gleichartigkeiten und Ähnlichkeiten in den Beschaffenheiten der Objekte, die den Grund abgeben für die Zusammenfassung dieser Objekte zu einer Einheit, wie sie die Zuordnung eines bestimmten terminus zum Ausdruck bringt"⁴⁾.

Die Bestimmung der Begriffsmerkmale geschieht in der Form eines Urteils⁵⁾. Denn um den Begriff zu defi-

-
- 1) Engisch, a.a.O., S. 24; Rickert, Zur Lehre von der Definition, S. 29.
 - 2) Drews, a.a.O. S. 140: "Die Gesamtheit seiner Merkmale bildet den Inhalt des Begriffs. (complexus notorum) Er ist der Inbegriff der Merkmale, die einen Gegenstand oder Begriff von einem anderen unterscheiden, und entsteht durch die Zusammenfassung (comprehensio) alles desjenigen, was in einem bestimmten Begriff gedacht wird, oder alle derjenigen Bestimmungen, die einen Gegenstand ausmachen;" ähnlich Dubislav, a.a.O. S. 12; Engisch, a.a.O. S. 24/25.
 - 3) Die Merkmale der Objekte sind ebenso wie die Objekte selbst weit zu fassen, vgl. Anm. 3 auf S. 49.
 - 4) Engisch, a.a.O. S. 25.
 - 5) vgl. Drews, a.a.O. S. 189; Engisch, Einführung in das juristische Denken, S. 4; da die Feststellung der Begriffsmerkmale nur in Begriffen möglich ist, lassen sich diese "Merkmalsbegriffe" ebenfalls in Begriffsmerkmale auflösen. Auf diese Weise kann man praktisch unbegrenzt in der Auflösung der Begriffe weiterfahren.

nieren, müssen die Merkmale der Begriffsobjekte mit Merkmalen anderer Begriffsobjekte verglichen werden. Sie müssen von diesen unterschieden und die unwesentlichen Merkmale von den wesentlichen abstrahiert werden. Diese Art des Denkens wird als Urteilen bezeichnet¹⁾.

Die Subsumtion eines konkreten Sachverhaltes unter einen Begriff vollzieht sich entweder in der Form eines sicheren (assertorischen) oder eines unsicheren (problematischen) Urteils, je nachdem, ob das Vorliegen der den Begriff konstituierenden Merkmale mit Sicherheit oder nur annähernd bejaht werden kann.

Der Umfang des Begriffes kennzeichnet seinen Anwendungsbereich. Man versteht darunter die Gesamtheit derjenigen Vorstellungen, die durch das Begriffswort "gemeint" sind²⁾. Er kann nur durch Aneinanderreihung gleichartiger Vorstellungen gewonnen werden, z.B. beim Begriff des Säugetiers alle darunter fallenden Tierarten.

Begriffsumfang und Begriffsinhalt stehen im Verhältnis der gegenseitigen Abhängigkeit. Mit zunehmender Abstraktion wird der Umfang eines Begriffes größer, sein Inhalt wird dadurch jedoch gleichzeitig vermindert. Unter dem Begriff Hund kann man beispielsweise alle nur denkbaren Hundeindividuen subsumieren: Pudeln, Windhunde usw., ohne auf das Alter, Geschlecht und Charakter Rücksicht zu nehmen. Abstrahiert man von all diesen Hundearten und setzt für sie den Begriff des Säugetiers, so fallen zwar ebenfalls Hunde aller Art und Geschlecht darunter, denn sie sind alle Säugetiere; aber sie sind nicht die einzigen

1) Drews, a.a.O. S. 189.

2) Engisch, a.a.O.; Dubislaw, a.a.O. S. 12.

Säugetiere. Die Ausweitung des Begriffsumfangs geht also zu Lasten des Begriffsinhalts¹⁾. Umgekehrt ist es möglich, den Inhalt eines Begriffs durch Hinzufügung neuer Merkmale genauer zu bestimmen.

Nach welchen Gesichtspunkten werden nun die wesentlichen Merkmale bei der Begriffsbildung ausgewählt? Sie sind ja nicht von vornherein den Begriffsobjekten als Stempel aufgedrückt, sondern werden erst durch Abstraktion gewonnen. Wesentlich kann letztlich jedes Merkmal eines Objektes sein. Es kommt nur darauf an, welche Bedeutung man ihm bei der Konstruktion eines Begriffs beimißt.

Bei der Untersuchung dieser Frage müssen wir uns daran erinnern, daß die Lebenswirklichkeit eine unübersehbare Mannigfaltigkeit bietet²⁾. Wollte man einen bestimmten Gegenstand bis ins letzte erforschen und darstellen, so müßte man feststellen, daß er anschaulich unübersehbar ist. Der Mensch ist weder in der Lage, die Mannigfaltigkeit des Lebens, die praktisch unendlich ist, in sich aufzunehmen, noch sie in Begriffen darzustellen. Das gilt sowohl für die ganze

1) Das ist jedoch nicht wörtlich zu nehmen. Der höhere Begriff (z.B. der Begriff des Säugetiers) enthält nämlich auch alle Merkmale des niederen Begriffs (z.B. des Hundes). Er weist - hier - zusätzlich sogar noch alle diejenigen Merkmale auf, welche alle anderen Arten von Säugetieren umfassen. Unter einem gleichbleibenden Gesichtspunkt - will man z.B. die Merkmale einer bestimmten Hundart charakterisieren - vermittelt der niedere Begriff (Hund) aberein ungleich besseres Bild als derjenige des höheren Begriffs (Säugetier). Diese dem Begriffsobjekt nähere Anschauung gestattet es, den niedrigeren Begriff als inhaltsreicheren zu bezeichnen.

2) vgl. Rickert, Die Grenzen usw., a.a.O. S. 32 f.

Körperwelt wie für den einzelnen Gegenstand^{1) 2)}. Begriff und Leben sind letztlich unüberbrückbare Gegensätze. Der Mensch kann sich immer nur einige wenige charakteristische Merkmale aus der Wirklichkeit herausuchen, denen er Erheblichkeit beimißt, und die er dann durch Begriffe symbolisiert. Eine Aufnahme der Wirklichkeit in den menschlichen Geist ist deshalb nur durch Begriffe möglich. Jede menschliche Erkenntnis ist mit einer Vereinfachung der anschaulichen Wirklichkeit verknüpft³⁾.

Die Sprache kann uns für die Ermittlung der wesentlichen Merkmale eine Hilfe sein. Aber mehr auch nicht⁴⁾, weil ein und dasselbe Wort verschiedene Bedeutungen haben kann; z.B. Kirche als Gebäude und als Institution. In vielen Fällen ist es möglich und zulässig, von einer Gruppe von Objekten, welche die Sprache mit einem gemeinsamen Namen bezeichnet, einen Begriff zu bilden. Diese Möglichkeit ist aber dann nicht mehr gegeben, wenn aus den von der Sprache gebildeten Begriffselementen kein unbedingt eindeutiger

-
- 1) Rickert, ebenda; deshalb wird auch der Individualbegriff durch eine Mehrheit von geistigen Akten gebildet.
 - 2) Rickert, Grenzen usw., a.a.O. S. 38 nennt das Wirkliche in diesem Zusammenhang irrational. Das soll bei ihm nicht bedeuten, daß es absolut irrational ist, sondern lediglich, daß es sich für den menschlichen Verstand, der es abbildend erkennen will, als irrational darstellt.
 - 3) Rickert, Grenzen usw., a.a.O. S. 40 u. 114. vgl. auch Grünhut, Begriffsbildung und Rechtsanwendung i. Strafrecht, Tübingen 1926, S. 16.
 - 4) Laun, R. Der Staatsrechtslehrer u. d. Politik, ArchöR. 4. Bd. N.F. (1922) S. 157/158: "Nur ein kleiner Teil des gesamten Sprachschatzes entspricht eindeutig logisch vollkommenen, scharfen und klaren Begriffen."

Bedeutungsgehalt¹⁾ hervorgeht, wie es von einem wissenschaftlich einwandfreien Begriff verlangt wird.

Außerdem ist es möglich, daß die Wissenschaftslehre andere Merkmale für einen bestimmten Begriff als wesentliche ansieht als die Sprache, so daß die Sprache als Hilfsmittel für die Begriffsbildung versagt. Und es ist auch denkbar, und wird durch die Erfahrung bestätigt, daß die verschiedenen Wissenschaften jeweils grundverschiedene Vorstellungen davon haben können, was bei einem Begriff wesentlich ist und ihn konstituiert²⁾. So ist beispielsweise der Begriff der Kausalität in der Naturwissenschaft, die von der *conditio sine qua non* ausgeht, ein anderer als derjenige der Rechtswissenschaft im Zivilrecht, die dort die Adäquanztheorie zugrunde legt.

Ohne einen leitenden Grundsatz bei der Trennung der unwesentlichen von den wesentlichen Merkmalen läßt sich deshalb nicht auskommen. Wie jede andere Wissenschaft hat deshalb auch die Rechtswissenschaft³⁾ ihre eigene Methode der Begriffsbildung.

-
- 1) Unter einem eindeutigen Bedeutungsgehalt soll hier nicht die absolute Bestimmtheit verstanden werden. Der Bedeutungsgehalt eines Begriffs wandelt sich auch mit den Stufen des menschlichen Erkenntnisvermögens. Vgl. Eltzbacher, Über Rechtsbegriffe, S. 15 f. Die Unbestimmtheit darf nur nicht so weit gehen, daß sie einen störenden Einfluß auf den Gang der wissenschaftlichen Untersuchung auszuüben vermag; vgl. Rickert, Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung S. 49.
- 2) Baumgarten, Grundzüge der jur. Methodenlehre, S. 47.
- 3) Rickert, Zur Lehre von der Definition, S. 32.

Diese¹⁾ muß ihren Zielen und Zwecken angemessen sein²⁾; denn der Begriff ist letztlich nichts anderes als ein Mittel zur Erreichung der in der betreffenden Wissenschaft gesetzten Ziele³⁾.

Wenn der Verwaltungsbeamte oder der Richter zu prüfen hat, ob ein bestimmter Sachverhalt unter den Tatbestand einer Gesetzesbestimmung subsumiert werden kann, dann muß er die den Sachverhalt bildenden Tatsachen zunächst in Begriffen erfassen, denn nur dadurch kann er sich von den zur Entscheidung stehenden Tatsachen ein Bild machen, um zur Subsumtion übergehen zu können. Hierbei bedient er sich aber der durch den allgemeinen Sprachgebrauch gelieferten Begriffsbezeichnungen und fragt in der Regel nicht danach, ob die durch die Alltagssprache bezeichneten Begriffe den Erfordernissen des logischen Begriffs in jeder Hinsicht entsprechen. Das gleiche gilt von den sog. technischen Begriffen^{3a)}, die von den einzelnen Wissenschaften aus reinen Zweckmäßigkeitserwägungen heraus zum wissenschaftlichen Gebrauch geschaffen werden; z.B. der Begriff der Geisteskrankheit im psychiatrischen Sinne⁴⁾.

1) Über den Unterschied der teleologischen Begriffsbildung in den Kulturwissenschaften von der Begriffsbildung in der Rechtswissenschaft, vgl. Kempermann, Eugen, Die Erkenntnis des Verbrechens und seiner Elemente. Ein Beitrag zur Revolution der strafrechtlichen Dogmatik, Berlin 1934, S. 12 ff. Vgl. besonders seine Auseinandersetzung mit Rickert auf S. 13 Anm. 2.

2) vgl. Ehrlich, a.a.O. S. 189; Rickert, Zur Lehre von der Definition, S. 31.

3) vgl. Rümelin, Juristische Begriffsbildung, S. 19/20.
3a) vgl. Scheuerle S. 24.

4) Dieser medizinische Begriff ist mit dem Begriff der Geisteskrankheit im Sinne von § 6 BGB nicht ohne weiteres gleichzusetzen; so RGZ 162,35 vgl. Scheuerle, S. 44.

Der Gesetzesanwender muß sich schon deshalb am Sprachgebrauch orientieren, weil der Sprachgebrauch für die Bezeichnung der Begriffe des Untersatzes beim Syllogismus in den meisten Fällen die einzige zuverlässige Instanz ist, die das Gemeinverständnis der bezeichneten Begriffe garantiert.

Um nun sowohl die Begriffe des gewöhnlichen Sprachgebrauchs als auch die technischen Begriffe den Rechtsbegriffen unter einer einheitlichen Bezeichnung gegenüberstellen zu können, sollen sie im folgenden einheitlich vorjuristische Begriffe genannt werden. Innerhalb des Syllogismus sind sie die Tatsachenbegriffe des Untersatzes, die unter die Rechtsbegriffe des Obersatzes subsumiert werden.

III. Die logische Struktur des Rechtsbegriffes

Da die Rechtsbegriffe in vielen Fällen Neuschöpfungen des Gesetzgebers sind, die im Sprachgebrauch keine Entsprechungen haben, bedarf es eines Hinweises auf die logische Struktur des Rechtsbegriffes. Wir hatten bei der Betrachtung des vorjuristischen (logischen) Begriffs festgestellt, was aber für alle Begriffe Geltung beansprucht, daß für einen Begriff das Gemeinsame einer Gesamtheit von Objekten unter einem gemeinsamen Namen im Hinblick darauf wesentlich ist, daß jenen Objekten etwas Gemeinsames eignet, daß sie irgendwie gleichgeartet oder wenigstens ähnlich sind und darum eine Zusammenfassung verdienen¹⁾.

In diesem Zusammenhang müssen wir uns daran erinnern, daß die Merkmale eines Begriffs selbst wieder Begriffe sind²⁾. Die Merkmale des Rechtsbegriffs sind in der Regel vorjuristische Begriffe, weil der Gesetzgeber mit dem Rechtsbegriff Lebenssachverhalte regeln will, und Lebenssachverhalte durch vorjuristische Begriffe begrifflich erfaßt werden. Es macht hierbei keinen Unterschied, wenn Begriffsmerkmale des Rechtsbegriffs selbst wieder Rechtsbegriffe sind. In einem solchen Fall ist es ohne weiteres möglich, in der Begriffsanalyse bis auf die übernommenen vorjuristischen Merkmale dieses Rechtsbegriffs zurückzugehen. Lehrreich hierfür sind die vom Gesetzgeber in den §§ 90 ff. BGB gegebenen Begriffsbestimmungen. In ihnen verweist der Gesetzgeber stets auf übernommene vorjuristische Begriffe, die freilich durch die Aufnahme in die Begriffsbestimmung wiederum Rechtsbegriffe geworden sind, aber ihre vorjuristische Begriffsbedeutung weitgehend beibehalten haben.

1) vgl. die Ausführungen auf S. 50.

2) vgl. S. 50 Anm. 5.

In § 90 BGB heißt es, daß Sachen im Sinne des Gesetzes nur körperliche Gegenstände sind. Die hier in die Begriffsbestimmung des Rechtsbegriffs "Sachen" aufgenommenen ursprünglich vorjuristischen Begriffe sind die "körperliche Gegenstände". In § 91 BGB sind es für den Rechtsbegriff "vertretbare Sachen" die "beweglichen Sachen, die im Verkehr nach Zahl, Maß oder Gewicht bestimmt zu werden pflegen". In gleicher Weise ist der Gesetzgeber bei den Begriffsbestimmungen der §§ 92 ff. BGB verfahren.

Der Gesetzgeber gibt aber auch in einzelnen Fällen für Rechtsbegriffe, mit denen er die in den §§ 90 ff. BGB angeführten Begriffsbestimmungen gebildet hat, selbst wieder neue Begriffsbestimmungen. So erläutert er in § 98 BGB das in der Begriffsbestimmung des Zubehörs - § 97 BGB - enthaltene Tatbestandsmerkmal, was "den wirtschaftlichen Zwecken der Hauptsache zu dienen bestimmt" ist.

In allen diesen Begriffsbestimmungen ist das Bemühen des Gesetzgebers zu erkennen, die Rechtsbegriffe durch möglichst unmittelbar subsumtionsfähige Begriffe zu bestimmen, die ihrer Struktur nach vorjuristischen Begriffen immer näher kommen.

Aufgabe der Begriffsdefinition eines Rechtsbegriffs ist es nun, diejenigen vorjuristischen Begriffe anzugeben, die der Gesetzgeber als konstitutiv für den Rechtsbegriff angesehen hat. Erst dann ist eine Subsumtion unter den so zergliederten Rechtsbegriff möglich. Unter einen Rechtsbegriff läßt sich unmittelbar nur dann subsumieren, wenn sich die Merkmale des vorjuristischen und des Rechtsbegriffs decken.

Daß nun die Rechtsbegriffe sich ihrer Struktur nach von den vorjuristischen Begriffen unterscheiden, obwohl ihre Begriffsmerkmale in der Regeldurch übernommene vorjuristische Begriffe gebildet sind, liegt daran, daß in dem Rechtsbegriff vorjuristische Begriffe als Begriffsmerkmale in einer Weise zusammengefaßt werden, wie sie in der vorjuristischen Begriffswelt nicht vorzufinden sind! Der Rechtsbegriff bezeichnet in sehr vielen Fällen Ähnlichkeiten und Gemeinsamkeiten, die im vorjuristischen Bereich ohne Interesse sind und daher auch noch nicht zu einem Begriff zusammengefaßt worden sind. Er verlautbart Relationen¹⁾ zu vorjuristischen Begriffen, die den vorjuristischen Begriffen zwar gemeinsam sind, aber nur vom Rechtsbegriff als wesentliche für eine neue Begriffsbildung angesehen werden.

Für die vorjuristischen Begriffe ist es wesentlich, daß ihre Begriffsmerkmale durch den allgemeinen Sprachgebrauch oder als sog. technische Begriffe²⁾ gebildet werden. Die gemeinsamen Merkmale der Rechtsbegriffe werden aber nicht vom Sprachgebrauch, sondern vom Willen des Gesetzgebers bestimmt. Der Gesetzgeber kann zwar die konstitutiven Merkmale für einen Rechtsbegriff von einem vorjuristischen Begriff einfach übernehmen - was er auch häufig macht. Aber auch dann, wenn der Gesetzgeber vorjuristische Begriffe unverändert übernimmt, bestimmt er die Begriffsmerkmale. Das geschieht dadurch, daß er sich mit der vorjuristischen Bedeutung des übernommenen Be-

1) Scheuerle, S. 30; Engisch, Logische Studien, S. 31.

2) Scheuerle, S. 24.

griffs einverstanden erklärt. Aber in sehr vielen Fällen dekretiert der Gesetzgeber, welche Merkmale er für die Bildung eines Rechtsbegriffs - und zwar in Abweichung von vorjuristischen Begriffen - als konstitutiv ansieht. Die Möglichkeiten des Gesetzgebers für eine solche Art der Begriffsbildung ist nahezu unbegrenzt. Das volitive Moment des Rechts kommt hierin zum Ausdruck¹⁾.

Um die Begriffsmerkmale eines auf diese Weise gebildeten Begriffs aufzuzeigen, genügt es nicht wie beim vorjuristischen Begriff, die Begriffsbezeichnung, das Wort, anzugeben. Zum Verständnis eines Rechtsbegriffs - soweit er vom vorjuristischen Begriff abweicht - ist es vielmehr notwendig, dessen konstituierenden Begriffsmerkmale in besonderer Weise kenntlich zu machen, weil er in der vorjuristischen Erfahrungswelt kein Korrelat aufzuweisen hat. Manchmal gibt der Gesetzgeber im Gesetz eine Begriffsdefinition; z.B. in § 90 BGB: Sachen im Sinne dieses Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände. In den allermeisten Fällen sind derartige Begriffsdefinitionen aber im Wege der Gesetzesauslegung zu ermitteln, so daß als einziger Orientierungsmaßstab für die Konstituierung der Begriffsmerkmale der Wille des Gesetzgebers übrig bleibt. Begriffsbestimmungen von Rechtsbegriffen sind allerdings nur insoweit möglich, als die Rechtsbegriffe Erfahrungsbegriffe sind; z.B. Haustier (§ 833 BGB), Nachtzeit (§ 243 Abs. 1 Ziff. 7 StGB), die zum persönlichen Gebrauch oder dem Haushalt dienenden Sachen (§ 811 Nr. 1 ZPO). Soweit die Rechtsbegriffe Wertbegriffe sind, sind sie ebensowenig definierbar wie die vorjuristischen Wertbegriffe. Wert-

1) Scheuerle, S. 39.

begriffe sind nur exemplikativ zu veranschaulichen¹⁾.
Mit der Problematik der Wertbegriffe werden wir uns
bei der Betrachtung der unbestimmten Rechtsbegriffe
im GWB noch ausführlich auseinanderzusetzen haben.

1) vgl. die Ausführungen auf S. 73 f.

IV. Die unbestimmten Rechtsbegriffe

a) Allgemeines

Die Unbestimmtheit der unbestimmten Begriffe im Verwaltungsrecht beruht sowohl auf ihrem weiten Begriffsumfang, der die Begriffsgrenzen nur unscharf wiedergibt als auch darauf, daß es sich in der Mehrzahl um Wertbegriffe handelt, die den Wertmaßstab nicht selbst enthalten, der die Begriffsgrenzen festlegt. In der Natur der Wertbegriffe liegt es, den von ihnen gedeckten sachlichen Gehalt nicht in seiner tatsächlichen Struktur wiederzuspiegeln, sondern eine Bewertung über eine tatsächliche Gegebenheit auszudrücken. Das Merkmal der Unbestimmtheit rechtfertigt es, die unbestimmten Rechtsbegriffe in eine besondere Begriffskategorie zu verweisen, jedoch nur deshalb, weil der Grad der Unbestimmtheit bei ihnen im Vergleich zu den anderen Rechtsbegriffen quantitativ ungleich größer ist. Unbestimmt sind mehr oder weniger alle Rechtsbegriffe¹⁾.

Sie werden als "dehnbare", "weitgefaßte" oder "generelle" Begriffe bezeichnet. Auch der Ausdruck "Blankettbegriffe" und "Typenbegriffe" mit nicht genau angebbaren, sondern "fließenden" Merkmalen wird für sie verwendet²⁾.

Einige Autoren vertreten den Standpunkt, daß die unbestimmten Begriffe wegen ihrer großen Unbestimmtheit nicht als Begriffe im Sinne der Logik angesehen werden können. Es handle sich bei dem jeweiligen Begriff lediglich um einen unbestimmten Wortausdruck³⁾, um ein Stichwort⁴⁾, und er deshalb

1) vgl. hierzu Schwinge, Grundlagen des Revisionsrechts, Bonn 1935, S. 115 f.

2) vgl. Jesch, a.a.O., S. 166/167.

3) Maercks, DÖV 55, 367.

4) Loppuch DVBl. 55, 417; Less, DÖV 57, 419.

zumeist erst zusammen mit anderen Worten sinnvoll sei. Die vom Gesetzgeber gebrauchten Worte würden "je nach dem gewünschten Ergebnis bald als gerichtlichen nachprüfbarer Rechtsbegriff" und bald als "Anweisungsbegriff" bezeichnet¹⁾.

Die Bezeichnung unbestimmter Rechtsbegriff sei eine "contradictio in adjecto", weil diese Begriffe nicht definierbar seien und die Begriffsdefinition für den Begriff konstitutiv sei. Auch enthalte der Ausdruck "unbestimmter Rechtsbegriff" eine "petitio principii", weil hier die Struktur des Begriffs als Rechtsbegriff unterstellt werde, ohne den Beweis dafür erbringen zu können¹⁾. Zwar seien "die herkömmlichen unbestimmten Begriffe" in "den nicht verwaltungsrechtlichen Gebieten im Wege logischer Subsumtion erkennbar und bestimmbar"²⁾. Aber im Verwaltungsrecht gebe es nur den Weg des Abwägens und Gestaltens. Die Annahme objektiver und der reinen Erkenntnis zugänglicher Maßstäbe als "Tatsachen" sei eine wirklichkeitswidrige Fiktion, und der sog. unbestimmte Rechtsbegriff in seiner von der bisher offenen A.M. verstandenen Form sei eine Übertragung vorwiegend privatrechtlich fundierten juristischen Denkens auf ein diesem Denken wesensfremdes Gebiet, wie das BVerwG mit Recht festgestellt habe³⁾.

Trotz dieser negativen Stellungnahmen ist an der Tatsache nicht vorbeizukommen, daß die unbestimmten Begriffe zum täglichen Brot der Verwaltungsbehörden und der Verwaltungsgerichte gehören, und man an der Problematik, die mit ihrer Anwendung verbunden ist, nicht abstellt, wenn sie so dargestellt werden, als seien sie für den Gesetzgeber zur Verwirklichung seines Willens praktisch ungeeignet. Wäre es wirklich so, daß die Unbestimmtheit der Begriffe den

1) Lenz NV 53, 420.

2) Lenz NV 57, 422.

3) Lenz NV 53, 420, ähnlich Lenz NV 54, 534.

Willen des Gesetzgebers nicht mehr erkennen ließe, dann würden sie zur Nichtigkeit der jeweiligen Norm führen. Wie die Praxis gezeigt hat, kann der Gesetzgeber auf die unbestimmten Rechtsbegriffe nicht verzichten, wenn er auf stark dynamische und komplexe Lebensabläufe Einfluß nehmen will. Sie sind auch nicht so unbestimmt, daß sie ohne jeden sachlichen Inhalt als rechtliches Nichts angesehen werden müßten. In vielen Fällen stellen sie an die Kunst der Gesetzesauslegung zwar hohe Anforderungen, sie sind aber in der Regel noch so hinreichend bestimmbar, daß sie mit dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung nicht in Konflikt geraten. Freilich ist nicht zu verkennen, daß - in verfassungsrechtlicher Sicht gesehen - die unbestimmten Begriffe nur einen Kompromiß des Gesetzgebers darstellen. Ule hat mir Recht betont¹⁾, daß es in einem Rechtsstaat eigentlich keine unbestimmten Begriffe geben sollte, um den Gesetzesunterworfenen die Berechenbarkeit staatlicher Maßnahmen zu garantieren. Wenn es aber über die Alternative zu entscheiden gilt, ob der Gesetzgeber von einer gesetzlichen Einflußnahme Abstand nehmen soll, wenn ein Tätigwerden aus Gründen des öffentlichen Wohls zwar dringend geboten erscheint, aber eine Normierung der Absichten des Gesetzgebers als in der Natur der Sache liegend nur im Wege unbestimmter Begriffe möglich ist, dann kann die Antwort nur eine Bejahung der Zulässigkeit unbestimmter Begriffe sein. Das damit geschaffene Risiko für die Betroffenen wird durch den verfassungsrechtlich unbeschränkt garantierten Rechtsschutz weitgehend gemildert. Daß noch ein gewisses Maß Rechtsunsicherheit bleibt, kann freilich nicht in Abrede gestellt werden.

1) a.a.O., S. 314.

W. Jellinek meint, daß der unbestimmte Begriff im Unterschied zum bestimmten Begriff, der nur eine einzige Grenze hat, zwei Begriffsgrenzen aufweise. Der bestimmte Begriff ermögliche ein sicheres (assertorisches) Urteil über die Zugehörigkeit oder Nichtzugehörigkeit einer Erscheinung zum Begriffe, während es beim unbestimmten Begriff zwar auch sichere (assertorische) Urteile gebe, liege zwischen dem bejahenden und verneinenden Urteil ein Grenzgebiet der bloßen Möglichkeit (problematisches Urteil). Das gelte sowohl für Erfahrungs- wie Wertbegriffe¹⁾. "Eine Verordnung z.B. befiehlt, der Bürgersteig sei vor "Tagesanbruch" zu kehren. Mit Sicherheit folgt daraus, daß man vor Eintritt der Dämmerung kehren darf, und daß man dies nicht mehr darf nach Sonnenaufgang. Ob aber der Tag mit der Dämmerung oder mit dem Eintritt der Tageshelle oder mit Sonnenaufgang anbricht, darüber konnten drei Instanzen uneins werden"²⁾.

Nach der Meinung von Heck enthalten die unbestimmten Begriffe einen Begriffskern³⁾, der sich dann zeige, wenn bei der Anwendung des Begriffs im Einzelfalle ein assertorisches Urteil möglich ist. Diejenigen Fälle, die unter den unbestimmten Begriff lediglich auf Grund eines problematischen Urteils subsumiert werden können, bezeichnet er als zum "Begriffshof" gehörig.

Das Problem des unbestimmten Begriffs liegt darin, daß er nicht oder nur zum geringen Teil⁴⁾ unmittelbar subsumtionsfähig ist und bei seiner Anwendung

1) VerwR. S. 32.

2) GGZ, S. 37.

3) Der Begriffskern ist - sofern man der Terminologie Hecks folgt - bei den unbestimmten Begriffen im Verhältnis zum "Begriffshof" sehr klein; vgl. Jesch, a.a.O., S. 177.

4) vgl. Steindorff, DVBl. 54, 110.

im Wege der Auslegung zur Bildung des Obersatzes noch Mittelbegriffe gebildet werden müssen, deren Ermittlung zu unlösbaren Schwierigkeiten führen kann. Dabei spielen Interessen- und Zweckmäßigkeits-erwägungen, sowie das Rechtsgefühl eine maßgebliche Rolle¹⁾. Wenn dieser subjektive Einschlag bei der Begriffsbestimmung, d.h. Auslegung eines unbestimmten Begriffs so weit geht, daß der Gesetzesanwender keinerlei Orientierungsmaßstab, keine objektive Norm vorfindet, dann ist einerartig unbestimmter Begriff kein nachprüfbarer Rechtsbegriff, sondern ein Ermessensbegriff.

Besteht der Tatbestand einer Norm aus hinreichend bestimmten Erfahrungsbegriffen, knüpft z.B. der Gesetzgeber an das Halten eines Hundes eine Steuer, dann kann unmittelbar unter das Gesetz subsumiert werden.

Aber schon bei Erfahrungsbegriffen, die einen großen Begriffsumfang haben, ist eine Subsumtion unter den im Gesetz verwendeten Begriff ohne Wertung nicht möglich. Je größer nämlich bei Erfahrungsbegriffen der Begriffsumfang wird, um so mehr Wertungselemente sind dann für seine Anwendung maßgebend. Dadurch nähern sich die Erfahrungsbegriffe immer mehr den Wertbegriffen, weil bei ihrer Anwendung aus dem vorhandenen Erfahrungsmaterial mittels einer Wertung eine Auswahl getroffen wird. Man braucht sich hierbei nur an die Entwicklung zu erinnern, die der weitgespannte Begriff der "dem persönlichen Gebrauch oder dem Haushalt" dienenden Sachen in § 811 Ziff. 1 ZPO im Laufe der letzten Jahrzehnte genommen hat. Definitionen solcher Begriffe sind dann nicht mehr möglich. Sie lassen sich bestensfalls in Teildefinitionen erläutern. Häufig verwendet der Gesetzgeber

1) vgl. Coing, Rechtsph., S. 44 f., 245 ff., 268 f.

jedoch im Tatbestand einer Rechtsnorm Begriffe, die auf den von dem jeweiligen Begriff gedeckten Sachverhalt unmittelbar überhaupt keinen Rückschluß zulassen. Begriffe wie: "Bedürfnis", "angemessene Versorgung", "gesamtwirtschaftliches Interesse" oder "Gemeinwohl" sind Wertbegriffe und lassen die tatsächliche Beschaffenheit des ihnen zugrunde liegenden Sachverhalts in keiner Weise erkennen. Aber auch über den Inhalt der vom Gesetzgeber in den unbestimmten Rechtsbegriffen ausgesprochenen Wertung herrscht in vielen Fällen Uneinigkeit. Da diese Struktur die meisten unbestimmten Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht kennzeichnet, läßt sich sagen, daß das gemeinsame der unbestimmten Rechtsbegriffe darin besteht, "daß sie stark wertbezogen sind, und daß die Gesetze, die sie verwenden, den Wertmaßstab nicht aufstellen, sondern auf die Wertmaßstäbe der Rechtsgemeinschaft verweisen. In der Feststellung der geltenden Werte liegt die Hauptschwierigkeit bei der Konkretisierung der unbestimmten Rechtsbegriffe"¹⁾.

Bevor wir uns damit befassen, in welcher Weise bei den Wertbegriffen des GWB die im Gesetz nicht genannten Wertmaßstäbe zu erfassen sind, wollen wir uns durch eine Analyse der Struktur der Wertbegriffe einen Zugang zu der Problematik bei ihrer Anwendung verschaffen.

1) Jarosch, S. 522; Ule, Verwaltungsgerichte überstaatlicher usw., S. 497: "... was ein unbestimmter Rechtsbegriff im Einzelfall bedeutet, ist weitgehend von einem Werturteil abhängig."

b) Der Wertbegriff

Der Wertbegriff ist im Gegensatz zum ausschließlich subjektiven Werturteil ein objektiver und unpersönlicher Ausdruck für eine Wertung. Er charakterisiert eine Gegebenheit der äußeren Erfahrungswelt als wertvoll oder wertwidrig¹⁾. Der Wertbegriff bedarf deshalb eines Wertträgers.

Diese Feststellung ist für die Erkenntnis der verschiedenen Arten von Wertbegriffen von großer Bedeutung, weil sich daraus ergibt, daß die Wertbegriffe aus Eigenschaften und Beziehungen resultieren, die jeweils bestimmten sachlichen Gehalten zukommen. Diese sachlichen Gehalte lassen sich aufgliedern in die verschiedensten Sachbereiche, wie z.B. Sitte, Recht, Religion, Ästhetik, Wirtschaft.

Die Schönheit wird "als gegliederte und zur Einheit zusammengefaßte Mannigfaltigkeit sinnlicher Inhalte definiert"²⁾. Das Gegenteil wird man von der Häßlichkeit sagen müssen. Mit dem Begriff der Höflichkeit wird wiederum eine bestimmte Art des Sichverhaltens bezeichnet. Alle Wertadjektiva sind ja schließlich nur in Beziehung auf ein bestimmtes Subjekt oder Objekt verständlich. Zuverlässig oder gewissenhaft sein ohne Bezugnahme auf eine bestimmte Person, ist unverständlich. Oder wenn man sagt, daß etwas unangenehm, entzückend, unerträglich, widerlich ist, dann schließt sich an diese Aussage sofort die Frage an, welche konkrete Gegebenheit in der Erfahrungswelt damit gemeint ist.

Gewisse logische und sachliche Beziehungen lassen sich deshalb nahezu bei allen Wertbegriffen feststellen. Es gibt allerdings Wertbegriffe, die keine

1) Kraft, a.a.O., S. 13.

2) Kraft, S. 14.

spezielle Wertart bestimmen und unbeschränkt auf beliebige Gegenstände anwendbar sind. Dazu gehören "gut, schlecht, wohl, übel"¹⁾. Bei ihnen fehlt der sachliche Gehalt vollständig oder ist nur in geringem Maße vorhanden.

Bei der Analyse der großen Zahl der Wertbegriffe können wir feststellen, daß es zwar eine Reihe gibt, die einer Vielzahl von Gegenständen zukommen können. Es ist aber beispielsweise nicht möglich, etwas gleichzeitig als harmonisch und disharmonisch oder gleichzeitig schön und häßlich zu bezeichnen.

Man kann deshalb sagen, daß die Wertbegriffe sich durch ihren sachlichen Gehalt unterscheiden. Weil dieser aber wertneutral ist, muß noch etwas hinzukommen, um den Wertcharakter hervortreten zu lassen. Dieses Merkmal "zeigt sich in dem Sinn des Lobes oder Tadels, der den Wertbegriffen immer zugleich innewohnt. Es ist die Auszeichnung in positiver oder negativer Hinsicht, welche die Wertbegriffe aussprechen. Sie macht das Spezifische, allein Eigentümliche der Wertbegriffe aus"²⁾.

Der Bedeutungsgehalt der Wertbegriffe besteht somit in zwei Komponenten: einer rein sachlichen, neutralen Komponente und der auszeichnenden, die den eigentlichen Wertcharakter ausmacht³⁾. Wertungen können deshalb nur dann übereinstimmen, wenn nicht nur die Objektbeschaffenheit die gleiche ist, sondern wenn auch die Subjekte hinsichtlich ihrer für die Stellungnahme zu dem Objekt relevanten Beschaffenheit gleichartig sind. Sobald diese verschieden sind, müssen auch die Wertungen über gleiche Objekte verschieden ausfallen.

1) Kraft, S. 20; Loppuch, a.a.O., S. 379 Anm. 10.

2) Kraft, S. 17.

3) Kraft, S. 18.

Aus diesem Grunde muß bei der Analyse eines Werturteils streng darauf Bedacht genommen werden, daß die Urteilenden von den gleichen sachlichen Gehalten ausgehen. Ein Vergleich zwischen Werturteilen von Laien und Kennern ist in den meisten Fällen schon deshalb nicht möglich, weil beide ihr Werturteil zwar auf denselben Gegenstand beziehen, diesen aber in sehr verschiedener Weise auffassen. "Subjektiv ist es nicht mehr derselbe Gegenstand"¹⁾. Der Kenner bringt im Gegensatz zum Laien für die Bildung des Werturteils ganz andere fachliche Voraussetzungen mit, welche er seinem Werturteil zugrunde legt. Daß aber selbst unter Fachleuten die Meinungen leicht auseinander gehen können, zeigt ein Blick auf das Wirtschaftsverwaltungsrecht. Dort sind unterschiedliche Werturteile von Verwaltung und Rechtsprechung nicht zuletzt auf die unterschiedliche berufliche Blickrichtung zurückzuführen^{1a)}. Die Verschiedenheit des einem Werturteil zugrunde gelegten Sachverhalts gestattet es, seine Unrichtigkeit im konkreten Fall nachzuweisen. Ein Werturteil über einen Menschen muß z.B. falsch sein, wenn sich herausstellt, daß die dem Werturteil zugrunde gelegten Tatsachen nicht stimmen.

Mit dem Nachweis der Bezugnahme auf einen unrichtigen sachlichen Gehalt ist aber das Ergebnis des Werturteils, das nunmehr auf zutreffenden Tatsachen beruht, nicht vorher bestimmbar. Das auf den richtigen Sachverhalt gegründete Werturteil ist ebenso subjektiv wie das erste; es ist keine Tatsachenaussage²⁾. Ein Werturteil muß aber auf jeden Fall

1) Kraft, S. 191.

1a) vgl. Steindorff, Nichtigkeitsklage, S. 106.

2) vgl. Engisch, Logische Studien, S. 42: "Denn darüber besteht ... Einigkeit, daß Wertattribute, die wir in irgendwelchen rechtlichen, moralischen oder ästhetischen Wertungen den Objekten beilegen, keine Tatsachen darstellen können, nichts Reales sind." - Engisch muß jedoch insoweit widersprochen werden, weil Wertattribute psychische Zustände sind, die als Tatsachen feststellbar

immer dann falsch sein, wenn es nachweisbar auf einer unrichtigen Grundlage beruht.

Es lassen sich daher zwei Arten von falschen Werturteilen nachweisen: Einmal kann der Mangel des Werturteils in der Zugrundelegung eines falschen sachlichen Gehalts liegen, der in der objektiven Beschaffenheit des Gegenstandes begründet liegt. Zweitens kann der Mangel des Werturteils darauf beruhen, daß die für die Ermittlung des sachlichen Gehalts erforderliche persönliche Qualifikation des Urteilenden nicht gegeben ist.

Liegen aber diese Voraussetzungen vor, dann kann ein Werturteil weder wahr noch falsch sein. Es ist keine beschreibende Darstellung, keine Tatsachenaussage, sondern eine Stellungnahme, eine Auszeichnung, die von dem Urteilenden geprägt ist¹⁾. Es kann denn lediglich noch die Frage auftauchen, ob das individuelle Werturteil anerkannt wird, d.h. ob es gegenüber anderen abweichenden Werturteilen, die auf den gleichen Voraussetzungen beruhen, gelten soll.

Ganz ohne Bedeutung für die Bewertung anderer Sachverhalte ist die vollzogene Wertung eines Subjekts jedoch nicht. Die Erfahrung zeigt, daß Werturteile von den gleichen Subjekten in ähnlich gelagerten Fällen auch ähnlich, in vielen Fällen sogar gleich ausfallen, und eine einmal vollzogene Wertung als Richtmaß für spätere Wertungen angesehen wird.

sind. Vgl. W. Jellinek, GGZ, S. 70, der zwischen der tatsächlichen Wertung, die in einem bestimmten Zeitpunkt im Innern des fühlenden Subjekts vollzogen wird und der kritischen Wertung, die nach ihrer inneren Berechtigung fragt, unterscheidet.

- 1) Vgl. Friedrichs, Karl, Werturteile 'in Fischers Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 56. Bd. 1924, S. 149 ff. (S. 150); Loppuch, Die verwaltungsbehördliche Ermessensentscheidung, DVBl. 1955, 377 (379).

Man wird insoweit von einer generalisierenden Wirkung bei der Anwendung von Wertbegriffen sprechen können, wenn einer Einzelwertung dergestalt Maßgeblichkeit verliehen wird, daß bei jedem in Zukunft gleichgelagerten Fall die - bereits vollzogene - Wertung eines bestimmten Subjekts zugrunde gelegt werden soll. In der Rechtswissenschaft wird diese Maßgeblichkeit hauptsächlich durch die Rechtsprechung oder ständige Verwaltungspraxis geschaffen¹⁾.

Diese Allgemeinverbindlichkeit von Wertungen wird auch in sehr vielen Fällen durch Übereinstimmung einer größeren Anzahl von Menschen²⁾ hergestellt. Die äußeren und inneren Bedingungen für die Bildung der Wertungen in solchen Fällen sind weitgehend gleichartig. Außerdem werden von vielen Menschen, die in einer gebildeten Umgebung aufwachsen, die meisten Wertungen nicht original erlebt, sondern einfach von den anderen übernommen³⁾. Überlieferung, Sitte und Brauch bestimmen dieWertauffassung weiter Schichten⁴⁾, zumal "die Fähigkeit zum originalen Selbsterleben von Werten viel geringer ist "als gemeinhin" angenommen wird"⁵⁾. Bei der bildenden Kunst, der Sitte, der Moral beispielsweise gibt es eine Menge von Wertungen, dieAllgemeingut geworden sind und eine Wertung entgegen der Allgemeinheit oder der die allgemeine Wertung formenden Sachkenner auf Widerstand stoßen lassen. Auf der Grundlage einverständlich anerkannter Werte ist überhaupt nur eine objektive Kritik möglich.

1) Scheuerle, S. 76.

2) Wehli, Festschrift f. Wach, a.a.O., S. 22, spricht von "Zweckvorstellungen und Wertmaßstäben der Allgemeinheit"

3) Cohn, Aron, Hauptprobleme der Wertphilosophie, Diss. Wien, 1934, S. 43.

4) Behn, Siegfried, Philosophie der Werte, München, 1930, S. 17.

5) Richard Müller-Freienfels, Grundzüge einer neuen Wertlehre, Annalen der Philosophie, Bd. I, 1919, S. 331.

Die generalisierende Wirkung von Wertungen im Einzelfall beruht in derartigen Fällen darauf, daß nunmehr feststeht, daß jedes Mal, wenn ein gleichliegender - oder zumindest ähnlicher Fall zur Beurteilung steht, die Voraussetzungen eines bestimmten Wertbegriffs vorliegen sollen. Dabei wird von dem konkreten Fall durch die Verwendung von Tatsachenbegriffen abstrahiert und ein im Gegensatz zur Wertung - die ja keine Tatsachen feststellt, sondern eine Bewertung von bereits vorliegenden Tatsachen darstellt - unmittelbar subsumtionsfähiger Obersatz geschaffen. Die einem Sachverhalt einmal zuerkannte Wertung tritt bei einer solchen Konkretisierung nahezu völlig in den Hintergrund.

Die Zweistufigkeit der Wertbegriffe - die rein sachliche, neutrale Komponente einerseits, und die auszeichnende, subjektive Komponente andererseits - läßt wichtige Folgerungen hinsichtlich der Möglichkeit einer Definition der Wertbegriffe zu. Der sachlichen Komponente ist es nämlich eigentümlich, daß sie nahezu unbegrenzt variabel ist. Es ist z.B. praktisch unmöglich, sich alle diejenigen Lebenssachverhalte vor Augen zu führen, bei denen von einem "Bedürfnis" - sei es persönlicher, wirtschaftlicher, sozialer oder künstlerischer Art/- gesprochen werden kann. Da aber ein Werturteil stets nur durch Wertung eines Subjektes in Bezug auf einen konkreten Sachverhalt zustande kommen kann, ist eine Definition der Wertbegriffe nicht möglich. Das Kennzeichen einer jeden Begriffsdefinition liegt vor allem darin, daß sie für alle Fälle, die unter den Begriff fallen, brauchbar ist. An diesem wesentlichen Merkmal mangelt es aber gerade den Wertbegriffen. Selbst wenn die psychischen Veranlagungen aller Menschen gleich wären, würde sich hieran nichts ändern, weil sich

aus der Bewertung eines bestimmten Sachverhalts keine generalisierende Wirkung für die Bewertung anderer Sachverhalte ableiten läßt.

Ein gutes Beispiel für die Konkretisierung von Wertbegriffen im Recht durch die höchstrichterliche Rechtsprechung bietet der Begriff der "guten Sitten" in den §§ 138, 826 BGB¹⁾. Seiner Begriffsstruktur nach ist der Begriff der "guten Sitten" ein Wertbegriff, denn er bringt eine Bewertung von Lebensvorgängen zum Ausdruck. Der Bundesgerichtshof (früher das Reichsgericht) hat bei der Anwendung der §§ 138, 826 BGB entsprechend den vorangegangenen Ausführungen über die Struktur der Wertbegriffe immer nur von Fall zu Fall darüber entscheiden können, was unter "guten Sitten" zu verstehen ist, ohne den Gehalt dieser Generalklausel vollkommen zu erschöpfen²⁾.

Wenn der Bundesgerichtshof in letzter Instanz entschieden hat, daß ein bestimmter Sachverhalt mit den "guten Sitten" nicht vereinbar ist, dann hat diese Entscheidung praktisch die gleiche Wirkung wie eine vom Gesetzgeber erlassene Norm, weil sich die unteren Gerichte in künftigen gleichgelagerten Fällen schon deshalb der Auffassung des Bundesgerichtshofs anschließen, um die von ihnen gefällten Urteile nicht der Aufhebung im Wege der Revision auszusetzen. Hatte das Reichsgericht z.B. in einem Fall entschieden, daß die Ausnutzung einer Macht- oder Monopolstellung, um vom Geschäftsgegner eine übermäßige Leistung oder die Übernahme besonders drückender Verpflichtungen zu erzielen, wider die "guten Sitten"

1) Entsprechendes gilt für § 1 UWG.

2) vgl. H. Coing, Allgemeine Rechtsgrundsätze in der Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Begriff der "guten Sitten" (§ 138, § 826 BGB), NJW 1947/48, S. 213 ff.

verstößt¹⁾, dann bedurfte es bei der Entscheidung über einen späteren gleichgelagerten Fall nicht erst das Zurückgehen auf den Begriff der "guten Sitten", sondern es konnte unmittelbar unter den in der ersten Entscheidung vom Reichsgericht gebildeten Obersatz subsumiert werden. Auf diese Weise werden aus den Generalklauseln konkret subsumtionsfähige Obersätze geschaffen, die von den Gerichten wie Gesetzesnormen angewendet werden.

Wenn nun - wie es beim Begriff der "guten Sitten" in den §§ 138, 826 BGB der Fall ist - in einer Vielzahl von Fällen in letzter Instanz definitiv über die Bewertung bestimmter Lebenssachverhalte Stellung genommen wird, dann werden derartige Generalklauseln mehr und mehr inhaltlich konkretisiert und ausgefüllt. Es lassen sich dann allgemeine Rechtsgrundsätze²⁾ aus dieser Kasuistik abstrahieren, die für die Praxis der Gerichte als subsumtionsfähige Obersätze die Rechtsanwendung erleichtern und eine einheitliche Rechtsprechung gewährleisten. Obwohl somit eine Auflösung der Generalklauseln in einen für alle von ihr erfaßten Tatbestände gültigen Obersatz - eine Definition - nicht möglich ist, zeigt die außerordentlich zahlreiche Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs zum Begriff der "guten Sitten", daß es durch definitiv bindenden Entscheidung möglich ist, Wertbegriffe mit empirischem Gehalt zu konkretisieren und dadurch für die Rechtsanwendung praktikable Obersätze zu schaffen.

Wenn bei der Bildung eines Werturteils allgemein gültige Wertungen, denen Maßgeblichkeit beigemessen werden soll, nicht herangezogen werden können, bleibt es bei

1) Urt. v. 15.12.1933, RGZ 143, 24.

2) Coing, a.a.O.

dem individuellen subjektiven Werturteil. Aber selbst dann, wenn allgemeine Wertungen feststellbar sind, ist nicht gesagt, daß diese bei der Bildung des konkreten Werturteils maßgebend sein sollen. Die allgemeine Wertung muß nicht immer die maßgebliche sein. Nach der Auffassung des Bundesgerichtshofes z. B. kommt es bei der Frage der Rechtmäßigkeit des vorehelichen Geschlechtsverkehrs unter Verlobten auf eine vorgegebene Wertordnung an, die mit den Anschauungen der Gesellschaft in Widerspruch stehen kann.

c) Die Maßstäbe bei der Anwendung von Wertbegriffen

Wir können anhand der vorgegangenen Ausführungen sagen, daß die Anwendung eines Wertbegriffes dann einer objektiven Nachprüfung zugänglich ist, wenn es, wie beim Erfahrungsbegriff, eine empirisch faßbare Größe gibt, die für die Bewertung eines konkreten Sachverhalts maßgeblich sein soll. Sofern nirgendwo eine objektiv erfaßbare Wertung in bezug auf einen bestimmten Sachverhalt festzustellen ist, kann von einer Kontrolle der Anwendung eines Wertbegriffes nicht die Rede sein.

Nach O. Mayer muß sich der Bewertungsmaßstab an einem gedachten Normalmenschen messen lassen¹⁾. Am häufigsten ist in Schrifttum und Rechtsprechung die Auffassung zu finden, daß bei der Anwendung von Wertbegriffen der Wertmaßstab der Allgemeinheit zugrunde zu legen sei: Es soll auf die "durchschnittliche Auffassung der Gesellschaft", die "communis opinio" aller billig und gerecht Denkenden ankommen (W. Jelinek²⁾, E. Forsthoff³⁾). Der Richter sei den "Wertvorstellungen der Rechtsgemeinschaft" verpflichtet (Jarosch⁴⁾, Reuß⁵⁾). Es seien bei der Auslegung des Rechtsbegriffs objektive Erfahrungssätze und Wertmaßstäbe der Allgemeinheit zu Hilfe zu nehmen; die "gerechte Durchschnittsauffassung" (Plappert⁶⁾), die "durchschnittliche soziale, wirtschaftliche oder technische Anschauung" (Giese⁷⁾) soll maßgebend sein. Der unbestimmte Begriff sei nach "dem Sinn, den ihm die Allgemeinheit beimißt", auszulegen (Bühler^{7a)}).

1) Dt.Verw.R. 1. Bd. 1924, S. 161.

2) GGZ, S. 38, VerwR, S. 32.

3) Lehrb. 7. Aufl. 1958, S. 77; so auch das RG in ständiger Rechtsprechung, z.B. RGZ 80, 221; 150, 1; Urt.v. 13. 3. 1936 / RGZ; Urtl. v. 15. 10. 1912.

4) a.a.O., S. 524.

5) DVBl. 1954, 653.

6) a.a.O., S. 2/3, 4.

7) Grenzen der verwaltungsgerichtl. Ermessensnachprüfung, JZ, S. 585, 1952.

7a) Subj. öR., S. 39/39.

"Das Material für seine Werturteile hat der Richter den herrschenden objektiven, gesellschaftlichen und ethischen Anschauungen, nicht zum wenigsten daneben auch den ... Erfahrungssätzen zu entnehmen" (Oertmann¹⁾). Der Richter soll "die Anschauungen der Zeitgenossen, gewisser Stände und Berufsklassen" als Maßstab heranziehen. "Er hat nicht seine Auffassung von einem ehrlosen und unsittlichen Lebenswandel, sondern die der fraglichen Bevölkerungsschicht und der betreffenden Person, er hat nicht seine individuelle Ansicht über Treu und Glauben, über Verkehrssitte zur Geltung zu bringen, sondern diejenige der Geschäftswelt und Kaufmannschaft in einer bestimmten zeitlichen und örtlichen Begrenzung. Er gibt nichts Eigenes, sondern er mißt die Tragweite der festzustellenden Merkmale und Begriffe an den Erscheinungen des Lebens" (Stier-Somlo²). Verschiedentlich wird hervorgehoben, daß die Ausfüllung eines unbestimmten Rechtsbegriffs auch durch den Gesetzgeber erfolgen könne³.

Auf den Unsicherheitsfaktor, der bei der Auslegung der unbestimmten Begriffe durch die Verweisung⁴⁾ auf außerhalb des Gesetzes liegende Wertmaßstäbe geschaffen wird, ist wiederholt hingewiesen worden.

-
- 1) a.a.O., S. 10; Örtmann behandelt a.a.O. ebenso wie Stier-Somlo in Anm. 2) zwar vornehmlich die Auslegung und Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Zivilrecht. Da diese sich in ihrer Struktur und Auslegungssproblematik von den unbestimmten Rechtsbegriffen im Verwaltungsrecht im Grundsatz nicht unterscheiden, ist es angebracht, auch diese Autoren in diesem Zusammenhang zu zitieren.
 - 2) a.a.O., S. 470; vgl. dazu auch v. Brunn a.a.O., S. 175.
 - 3) Redding, DÖV 54, 366/367; OVG Hamburg, Urt. v. 31.10.53 (Bf. 173/53), zitiert bei Schütz, a.a.O., S. 556, Reuß DÖV 54, 537.
 - 4) Dürig, Diss., S. 66, ist zuzustimmen, wenn er auf dem Standpunkt steht, daß die Anschauungen der Gesellschaft zwar keine echten Rechtsquellen, aber auf jeden Fall allgemein verbindliche Auslegungsregeln sind; a.A.W. Jellinek, der den gesellschaftl. Anschauungen abgeleitete Rechtssatzwirkung zuschreibt (GGZ, S. 41 ff.).

Oertmann hat betont, daß die Annahme völlig verfehlt sei, der Richter finde Werturteile bestimmten Inhalts für jeden Einzelfall in den Sitten - und Verkehrsanschauungen fix und fertig vor. "Tausend- und abertausend, wie die Individualitäten der Menschen, sind auch die Geschehnisse des Lebens, und unmöglich kann die Verkehrsanschauung für jedes von ihnen ein bestimmtes Rezept in Vorrat haben. Sie leihen dem Beurteiler schätzbares Material dar für sein Werturteil - aber dieses selbst ist rein individuell - ist jedesmal eine besondere Schaffenstat"¹⁾. Auf die Unsicherheit und schwierige Ermittlung der Wertvorstellungen der Allgemeinheit bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht weist vor allem Pietzonka hin. Er hebt hervor, daß sich Wertungen ihrem Wesen nach nicht zur verwaltungsgerichtlichen Prüfung eignen; "denn es handelt sich hierbei nicht um die Anwendung von Grundwerten, denen eine absolute, unwandelbare Geltung zukommt, also die ohne Schwierigkeiten zu treffende Feststellung, ob etwas unter ethischen Aspekten gut oder böse sei oder nach mathematischen Regeln richtig oder falsch, also Fragen, die in der Verwaltungspraxis und Rechtsprechung unproblematisch sind, sondern um die Grenzziehung bei einer Wertskala, die eine Wertung vom Positiven schon wegen der Überschneidung der subjektiven Seite mit der objektiven ohne logisch feststellbare Grenze zum Negativen zuläßt"²⁾.

Damit stellt sich Pietzonka in Gegensatz zu H. Reuß, der bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe stets die Ermittlung objektiver Maßstäbe für möglich hält. Reuß bezweifelt sogar, daß es sich bei der Anwendung von Wertbegriffen um eine echte "Bewertung"

1) Oertmann, a.a.O., S. 10;

2) a.a.O., S. 1866.

handelt¹⁾. Er spricht in diesem Zusammenhang von einem "wertenden Erkennen"²⁾.

Bevor wir die Frage untersuchen, in welchem Umfange bei der Auslegung von Wertbegriffen des GWB auf allgemeine und objektive Wertungen zurückgegriffen werden kann, wollen wir einen Blick auf die Strafrechtswissenschaft werfen. Sie hat sich schon seit jeher mit den "normativen Tatbestandsmerkmalen" beschäftigen müssen, bei deren Auslegung es in den meisten Fällen in gleicher Weise auf Wertungen ankommt wie bei den unbestimmten Rechtsbegriffen des Verwaltungsrechts. Hierbei soll es uns in erster Linie auf die in der Strafrechtswissenschaft gewonnenen methodischen Erfahrungen bei der Auslegung und Anwendung von Wertbegriffen ankommen.

1) DÖV 54, 537.

2) DVBl. 53, 652.

cc) Die normativen Tatbestandsmerkmale im Strafrecht und ihr Verhältnis zu den unbestimmten Rechtsbegriffen

Die gleichen Schwierigkeiten wie bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht haben sich im Strafrecht bei der Auslegung der "normativen Tatbestandsmerkmale" ergeben. Sie haben dieselbe Begriffsstruktur wie die unbestimmten Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht, "da die eigentliche Problematik des unbestimmten Rechtsbegriffs im normativen Bereich liegt"¹⁾. Sie verweisen auf Normen und Werte, die im Gesetz unmittelbar nicht genannt sind. Geht es bei der inhaltlichen Fixierung der unbestimmten Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht vor allem um den Umfang der Kontrolle der Verwaltung durch die Gerichte, so treten die "normativen Tatbestandsmerkmale" in Widerstreit mit dem elementaren Strafrechtsgrundsatz "nullum crimen, nulla poena sine lege"²⁾. Mezger³⁾ hat die "ergänzenden Werturteile", die bei der Anwendung normativer Begriffe notwendig sind, in drei Gruppen geteilt und unterscheidet rechtliche, kulturelle und subjektive Wertungen. Bei den rechtlichen Wertungen verweise der Gesetzgeber auf andere Rechtsgebiete, während bei den kulturellen Wertungen Maßstäbe ethischer, sozialer, wirtschaftlicher, allgemein "kultureller" Art anzulegen seien. Von diesen irgendwie "objektiv orientierten Wertungen" führten Übergänge hinüber zu Fällen, in denen der Richter bei der erforderlichen Wertung allein auf sein subjektives Ermessen angewiesen sei. Mezger hebt hervor, daß das "ergänzende Werturteil" sich wohl nie

- 1) Ule, Gedächtnisschrift f. W. Jellinek, S. 314. Der von Ule gemachte Vorschlag, die unbestimmten Rechtsbegriffe, soweit sie nicht deskriptive Begriffe sind, in Anlehnung an die strafrechtliche Terminologie als normative Begriffe zu bezeichnen, hat aber keine Zustimmung gefunden. Vgl. Less DÖV 57, 420; Jesch, a.a.O., S. 225.
- 2) Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie, S. 46, 146.
- 3) E. Mezger, Vom Sinn der strafrechtl. Tatbestände, Festschrift f. Ludwig Traeger, Berlin 1926, S. 187 ff. (S. 225/226).

ganz ohne "richterliche Eigenwertung" vollziehen lasse. Die Normenkomplexe sind bei ihm "nur Richtlinien, Wegweiser, Stützen der Ermessensausübung"¹⁾, das "ergänzende Werturteil" werde durch sie nicht ersetzt.

Nach Engisch²⁾ "können es die verschiedensten Norm- und Wertbereiche sein, auf die diese normativen Merkmale innerlich Bezug nehmen". Nach seiner Ansicht ist es ... ganz gleichgültig für den momentanen Sinn des Normativen, ob die logisch vorausgesetzten und gedanklich in bezug genommenen Normen und Werte absolut oder nur relativ gültig sind, ob sie positivrechtlich mehr oder minder genau fixiert sind oder nicht, ob sie einer sicheren Erkenntnis zugänglich sind oder sich nur einer irrationalen persönlich gefärbten Wertung erschließen". An anderer Stelle³⁾ sagt Engisch aber einschränkend, daß der Gesetzgeber in der Regel von der Intention ausgehe, "daß das 'ergänzende Werturteil' trotz aller Subjektivität einen Richtpunkt im Generellen und Angemessenen habe, daß daher nur eine Entscheidung die zutreffende sein könne". Der Begriff des Normativen, auch wenn er nach dem subjektiv Normativen entwickelt werde, habe seine Basis im Wertbezüglichen "und damit in einer irgendwie vorgegebenen Normen- und Werteordnung". Das "ergänzende Werturteil" unterscheide sich daher grundsätzlich von jener subjektivistischen relativen Gültigkeit, "die wir beim 'echten' Ermessen hinnehmen oder gar billigen"⁴⁾.

1) Kunert, a.a.O., S. 36.

2) Die normativen Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, Mezger - Festschrift (1954), S. 127-163.

3) a.a.O., S. 152.

4) a.a.O., S. 153.

Man werde "reine Ermessensbegriffe nicht als normative Tatbestandsmerkmale ansprechen dürfen"¹⁾. Engisch macht aber gleichzeitig darauf aufmerksam, daß "die noch so gut gemeinte objektivierende Erfassung von Werten und Normen im kulturellen Bereich schließlich doch bei der relativ gültigen Eigenwertung "lande, "indemz.B. auch der Anschluß an die Wertungen einer bestimmten Schicht eine persönliche Stellungnahme in sich schließt"²⁾.

Auf die Frage, welche Instanz für die Entscheidung über die Maßgeblichkeit dieser "irgendwie vorgegebenen Normen- und Werte-Ordnung" zuständig sein soll, wird geantwortet, daß es "die Gesellschaft, die öffentliche Meinung der unter einer Rechtsordnung vereinten Menschen"³⁾ sein soll. Es soll auf die "herrschenden Wertanschauungen" eines Volkes oder einer Schicht ankommen⁴⁾.

Der Bundesgerichtshof hat diesen Relativismus bei der Ermittlung der Wertanschauungen in einem bemerkenswerten Fall⁵⁾ jedoch als unhaltbar zurückgewiesen⁶⁾. Bei der Frage, ob vorehelicher Geschlechtsverkehr unter Verlobten rechtswidrig sei, genüge eine Anlehnung an "die bloße Sitte, die bloße Konvention" nicht. Es komme dabei alleine auf die von den Anschauungen der Menschen unabhängige "aus sich selbst heraus" Bestand habende "sittliche Ordnung", die "vorgegebene und hinzunehmende" Ordnung der Werte, an.

1) a.a.O., S. 152.

2) a.a.O., S. 154.

3) Drost, Ermessen des Strafrichters, Berlin 1930, S. 25.

4) vgl. BVerfG Urt.v.lo.5.1957, NJW 57, 865 ff.; OLG Düsseldorf NJW 50/959.

Im Strafrecht werden somit die gleichen Maßstäbe angewendet wie im Verwaltungs- und Zivilrecht; vgl. dazu die Ausführungen auf S. 77 f.

5) U.v. 17.2.1954, JZ 1954, S. 508.

6) Vgl. hierzu auch Urt. d. RG v. 7.7.1919, RGSt, Bd. 53, S. 158, wo es sich darum handelt, ob die Aufstellung von Scheinbietern im Moselgebiet eine unlautere Machenschaft im Sinne einer Rechtsnorm sei. Das RG hat diese Frage bejaht, obwohl dies im Moselgebiet allgemein üblich war.

Dem Bundesgerichtshof wird jedoch entgegengehalten, daß die von ihm behauptete "einzig vorgegebene und hinzunehmende" Wertordnung nicht objektiv feststellbar sei. Die Antwort auf eine diesbezügliche Frage, die ein Vertreter dieser Auffassung zu geben vermöge, könne immer nur lauten, "daß die Wert(rang)-ordnung ihm evident sei - worin für einen anderen, bei dem diese Evidenz sich nicht einstellen will, keinerlei Verpflichtungskraft liegt"¹⁾. "Im Ergebnis läuft der Wertrealismus ... auf dasselbe hinaus, was auch der Wertrelativismus behauptet; die subjektive Bedingtheit aller Werterkenntnis"²⁾.

Weiter wird gegen die Auffassung des Bundesgerichtshofs argumentiert, daß der von ihm in seiner praktischen Auswirkung geforderte Wertrelativismus "im Gewande des Wertabsolutismus"³⁾ die Revisibilität der normativen Merkmale in Frage stelle, weil der Revisionsrichter keinerlei Maßstab und Anhaltspunkte habe, die vom Tatrichter getroffene Entscheidung zu kontrollieren. Etwas anderes sei es dagegen, wenn die hic et nunc vorherrschenden Wertvorstellungen der Gesellschaft dem Werturteil zugrunde gelegt würden. Hier sei eine objektive Überprüfung des getroffenen Werturteils möglich. Nur so sei auch die Revisibilität der normativen Wertmerkmale zu erklären⁴⁾.

Beim Vergleich mit der Problematik der "normativen" Tatbestandsmerkmale im Strafrecht mit den unbestimmten Rechtsbegriffen im Verwaltungsrecht ist festzustellen, daß in beiden Fällen zwar auf Wertmaßstäbe der Allgemeinheit zurückgegriffen wird, daß aber

1) Kunert, a.a.O., S. 98.

2) Sax, Walter, Zur Frage der Kuppelei bei Geschlechtsverkehr unter Verlobten, JZ 1954, S. 474 ff. (476).

3) Sax, a.a.O., S. 475.

4) Kunert, a.a.O., S. 98.

die Schwierigkeit der Ermittlung einer objektiven Werteordnung schließlich in vielen Fällen zur subjektiven Eigenwertung des Richters führt. Am Beispiel des zitierten Bundesgerichtshofsurteils haben wir gesehen, daß nicht in allen Fällen der Wertung der Allgemeinheit vom Bundesgerichtshof Maßgeblichkeit beigemessen wird, so daß in die Auslegung der normativen Tatbestandsmerkmale im Strafrecht ein zusätzliches Unsicherheitsmoment hineingetragen worden ist.

cd) Wertmaßstäbe und Wirtschaftsverwaltungsrecht

Die im vorigen Abschnitt genannten Maßstäbe für die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe können freilich nur dann herangezogen werden - wenn sie vorhanden sind. Dies besonders zu betonen, erscheint notwendig, weil - vor allen von Reuß und Ule der Standpunkt vertreten wird, daß alle unbestimmten Begriffe im Verwaltungsrecht Rechtsbegriffe seien. Da aber die Qualifikation eines Rechtsbegriffs einem Begriff nur dann zugesprochen werden kann, wenn er einer rechtlichen Nachprüfung zugänglich ist, vertritt auch Reuß konsequenterweise die Auffassung, daß alle unbestimmten Begriffe diese Voraussetzungen erfüllen: "Dem unbestimmten Rechtsbegriff ist kraft Rezeption die materiale Substanz immanent, auf die er als Blankettgesetz verweist. Der Gesetzgeber selbst hat den unbestimmten Rechtsbegriff durch diese Rezeption inhaltlich "ausgefüllt"; Aufgabe des Richters ist es auch hier, lediglich zu erkennen, in welchem Sinne der unbestimmte Rechtsbegriff vom Gesetzgeber durch Verweisung inhaltlich ausgefüllt worden ist"¹⁾.

Reuß unterstreicht, daß erst durch die Verweisung auf außerhalb der Begriffe liegende Maßstäbe der unbestimmte Begriff Bestandteil der normativen Rechtsordnung werde. "Die Frage nach der Übereinstimmung zwischen dem Handeln und dem rechtlichen Maßstabe des Handelns ist eine Rechtsfrage"²⁾. "Was einen unbestimmten Begriff überhaupt zum Rechtsbegriff macht, ist ja die mit ihm in abstracto gegebene Lösung, die nur "gefunden"

1) DVBl 53, 652.

2) Reuß. a.a.O., S. 651, unter Berufung auf Triepel, Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern in Festg. f. f. Wilh. Kahl, S. 16, 99/100.

werden muß, für den konkreten Fall mithin als praeexistent vorausgesetzt wird; darauf beruht die Zugehörigkeit des unbestimmten Rechtsbegriffs zur normativen Rechtsordnung und die Verpflichtung des Richters, ihn bei der Rechtsfindung zu beachten¹⁾.

Allerdings muß nach Reuß²⁾ eine als praeexistent vorausgesetzte Lösung wenigstens im Ansatz vorhanden sein, weil andernfalls der konkrete Begriff wegen objektiver Unbestimmtheit nichtig sei.

Es muß sehr fraglich erscheinen, ob sich die Alternative von Reuß aufstellen läßt, daß es entweder nur Rechtsbegriffe oder mangels hinreichender Bestimmbarkeit nichtige Begriffe gibt³⁾. Konsequenter weiter gedacht müßten dann alle diejenigen Gesetzesbegriffe nichtig sein, welche ausdrücklich auf subjektive Werturteile der gesetzesanwendenden Stelle verweisen. In solchen Fällen ist jegliche objektive Kontrolle ausgeschlossen. Es ist vielmehr nur die Ersetzung eines subjektiven Urteils durch ein anderes subjektives Urteil möglich. Auch hierin ist Reuß konsequent, wenn er meint⁴⁾, daß "normativ nicht gelöste Fragen" nicht zur Zuständigkeit der Gerichte gehörten. Die These von Reuß, daß alle unbestimmten Gesetzesbegriffe Rechtsbegriffe seien, steht und fällt somit mit der Kardinalfrage, ob in jedem Fall eines unbestimmten Begriffes eine Norm gefunden werden kann, auf welche der jeweilige Begriff verweist. Andernfalls bleibt

1) DVBl. 53, 651.

2) DVBl. 54, 654.

3) Loppuch DVBl. 55, 417: "In solchen Fällen ... besteht nur die Alternative zwischen Rechtswirksamkeit der Ermächtigung oder Anerkennung der Maßgeblichkeit richterlicher Beurteilung."

4) DVBl. 53, 652, Anm. 38.

die These von Reuß nur Postulat, das mit der Wirklichkeit nicht in Einklang zu bringen wäre.

Wenn man sich nicht in einen verhängnisvollen circulus vitiosus verstricken will, muß man bei der Untersuchung der Struktur eines unbestimmten Begriffs, die im Wege der Auslegung zu ermitteln ist, zuerst fragen, ob ein objektiver Maßstab bei der Auslegung des konkreten Begriffs feststellbar ist. Kann dies mit Billigung des Gesetzgebers bejaht werden, dann handelt es sich um einen Rechtsbegriff. Es ist aber unzulässig, einen unbestimmten Begriff schon deshalb in die Kategorie der Rechtsbegriffe einzustufen, weil sich logisch eine eindeutige Lösung anbietet¹⁾. Die Frage, "Gesellschaft, was sagst du zu einem derartigen Fall?"²⁾ im Wirtschaftsverwaltungsrecht zu stellen, führt in vielen Fällen nicht weiter, weil es dort oft um wirtschaftspolitische Wertungen im Hinblick auf einen konkreten Einzelfall geht, so daß eine generalisierende Fragestellung fehl am Platze sein muß. Bei der Anwendung eines Rechtsbegriffs geht es stets darum, einen begrenzten Ausschnitt aus der Lebenswirklichkeit auf seine Rechtserheblichkeit zu prüfen. Verweist der Gesetzgeber bei der Bewertung dieser Lebenswirklichkeit auf heteronome Wertmaßstäbe, z.B. auf die Meinung einer bestimmten soziologischen Schicht, so kann diese Bewertung nur dann zur Kenntnis genommen werden, wenn sie objektiv möglich ist und auch stattgefunden hat. Das kann gerade bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe im Wirtschaftsverwaltungsrecht sehr zweifelhaft sein³⁾.

1) vgl. Less, DÖV 57, 421.

2) W. Jellinek, GGZ, S. 160.

3) vgl.dazu auch Bachof, O., Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVDStL, Heft 12, 1954, S. 37 ff., S. 70 und auch die Ausführungen auf S. 86 ff. dieser Arbeit.

Wie sieht es nun mit den Wertvorstellungen bei den unbestimmten Rechtsbegriffen im Wirtschaftsverwaltungsrecht aus? Jarosch hat mit Recht darauf hingewiesen¹⁾, daß es in der Bundesrepublik um die Verbindlichkeit bestimmter politischer, wirtschaftlicher und sozialer Werte schlecht bestellt sei. Selbst wenn man dem Grundgesetz das christlich-humanitäre Weltbild zugrunde lege, dann bleibe für seine Auslegung immer noch ein Spielraum übrig.

Hierbei verweist Jarosch auf die gegensätzlichen Auffassungen über Inhalt und Schranken des Eigentums und die Konfessionsschule. Vor allem aber zeigten uns die Auseinandersetzungen über die Gestaltung der Sozial- und Wirtschaftsordnung, daß das gemeinsame Band der "Wertvorstellungen der Gesellschaft" weitgehend und gerade in den entscheidenden Fragen in Kompromissen bestehe. Der Kampf um die Gestaltung des GWB zeige überdeutlich, daß es außerordentlich schwierig sein könne, bestimmte Wertvorstellungen der Gesetzesauslegung als maßgebend zugrunde zu legen.

Solange dem Richter bei der Auslegung des GWB lediglich Wertmaßstäbe zur Verfügung stehen, wie sie in dem weiten Rahmen der Verfassung²⁾ gegeben sind, muß die Gesetzesanwendung weitgehend auf subjektiven Entscheidungen beruhen. Der Verfassungsgeber hat sich im Grundgesetz nicht ausdrücklich für ein bestimmtes Wirtschaftssystem entschieden³⁾
Der freie Wettbewerb ist verfassungsrechtlich

1) a.a.O., S. 522.

2) Scheuner, Die staatliche Intervention usw. S. 55.

3) BVerfG Urt. v. 20.7.1954, NJW 1954, S. 1235; Ipsen, Konstruktionsfragen der Getreideeinfuhr-Lenkung S. 597; Strauß, Entwickl. und Probleme usw. S. 19; Hamann, Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, S. 31.

nicht gewährleistet¹⁾. Maßstäbe für die Auslegung von Gesetzen auf dem Gebiet des Wirtschaftsverwaltungsrechts können deshalb aus der Verfassung nur dann entnommen werden, soweit die Verletzung von Grundrechten in Frage steht²⁾. Aber selbst diese geben oft nur eine unsichere Handhabe im Einzelfall, weil sie noch der Konkretisierung bedürfen. Es mangelt ihnen der juristischen Bestimmtheit³⁾. Das ändert auch daran nichts, wenn der Verfassungsgeber in Art. 1 III GG bestimmt, daß die Grundrechte Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht binden. Bei den Grundrechten handelt es sich überwiegend um eine formale rechtliche Positivierung. Sie stellen nach verbreiteter Ansicht noch kein materielles Recht dar, sondern verpflichten vielmehr den Richter, aus diesen allgemeinen Prinzipien materielles Recht zu schöpfen. Das ist bei Art. 3 II GG in ganz besonderer Weise deutlich geworden⁴⁾, wo eine Anzahl Gerichte sich außerstande erklärt hat, ohne besondere gesetzliche Regelung aus dem weiten Rahmen des Gleichheitsgrundsatzes bindende Wertmaßstäbe für den Einzelfall ermitteln zu können⁵⁾. Art. 2 und Art. 12 GG bereiten ähnliche Schwierigkeiten, weil der Begriff der freien persönlichen Entfaltung ebenso unbestimmt ist wie der Begriff der Berufsausübung⁶⁾. Konkret verbindliche Wertmaßstäbe lassen sich für den Einzelfall bei den Grundrechten daher nur im Wege der richterlichen Kasuistik oder der spezialgesetzlichen Regelung gewinnen.

1) Schüle, z.a.O., S. 85.

2) Strauß, Entwicklung u. Probleme, S. 20.

3) Esser, Grundsatz und Norm, S. 75.

4) Esser, Grundsatz und Norm, S. 72, 75.

5) Bachof, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, S. 52; OLG Frankfurt, Beschl. v. 22.4.1953, NJW 1953, 746; LG Gießen Entsch. v. 18.4.1953, JZ 1953, 281 ff.

6) Scheuner, Die staatliche Intervention usw., S. 55.

Man könnte als Maßstab für die Maßgeblichkeit von gesellschaftlichen Anschauungen die Anschauung der Mehrheit im Volke geltenlassen. Nach dem demokratischen Mehrheitsprinzip werden die Gesetze im Parlament beschlossen, so daß es durchaus verständlich wäre, wenn für die Auslegung der von den Vertretern der Mehrheit des Volkes beschlossenen Gesetze ebenfalls diese Mehrheit zu Rate gezogen würde¹⁾.

Wollte man nach dieser Methode verfahren, dann müßte man die "Wertvorstellungen der Gesellschaft" parteipolitisch analysieren. Das ist aber deshalb praktisch unmöglich, weil die Wähler einer politischen Partei in der Mehrzahl nicht deren Mitglieder sind und die öffentliche Meinung keinesfalls einseitig dem Parteiprogramm einer einzelnen politischen Partei folgt. Aus diesem Grunde ist die Mehrheit im Parlament nicht zwangsläufig mit der Mehrheit im Volk, welche die allgemeine Durchschnittsauffassung formt, identisch. (Man denke nur an die Auseinandersetzungen um die Wiedereinführung der allgemeinen Wehrpflicht in der Bundesrepublik). Es erscheint aber ausgeschlossen, daß der legislatorische Wille von einer parteipolitisch ausgerichteten Mehrheit im Parlament gebildet wird, seine Ausführung aber politisch neutral auf dem Willen einer beliebigen Mehrheit im Volk beruhen sollte.

Da die Mehrheit im Volk in vielen Fällen eben nicht parteipolitisch homogen ist, muß in grundsätzlichen Stellungnahmen wirtschaftspolitischer oder sozialpolitischer Fragen, über deren Lösung zwischen den politischen Parteien keine Einigung

1) vgl. hierzu Dürig, S. 68 ff.

herbeizuführen ist, und die insbesondere für die innerpolitische Rechtsentwicklung von Bedeutung sind, letztlich doch eine Instanz gefunden werden, welche für die Gesetzesauslegung maßgeblich sein soll. Diese Instanz kann entweder nur der Richter sein, der durch definitive Willensentscheidung die für die Auslegung maßgeblichen Richtlinien feststellt oder es wird wie im GWB der Versuch unternommen, die Exekutive über den zuständigen Fachminister die Auslegung insoweit allein bestimmen zu lassen, als wirtschaftspolitische Zielsetzungen in Frage stehen.

Aber selbst wenn man der Auslegung des GWB ausschließlich objektiv feststellbare "Wertvorstellungen der Gesellschaft" zugrunde legen wollte, dann müßte man in vielen Fällen entweder auf diesen Wertmaßstab verzichten, weil die Gesellschaft durchaus anderer Auffassung über die Verwirklichung wirtschaftspolitischer Zielsetzungen als die Regierung oder eine vorübergehende parlamentarische Mehrheit sein kann; oder aber man nimmt bei einer Wertorientierung an der Gesellschaft die dadurch sich ergebende Einschränkung der Elastizität bei der Gesetzesauslegung mit in Kauf.

D r i t t e r T e i l

DER BEGRIFF DER WÜRDIGUNG DER GESAMTWIRTSCHAFTLICHEN
LAGE UND ENTWICKLUNG UND SEINE BEDEUTUNG FÜR DIE AN-
WENDUNG DER UNBESTIMMTEN RECHTSBEGRIFFE IM GWB

I. Unbestimmte Rechtsbegriffe und § 70 IV S. 2 GWB

Im Schrifttum wird die Auffassung vertreten, daß
die unbestimmten Begriffe im GWB dem Ermessensbereich
der Kartellbehörden entzogen sind und von vornherein
nicht unter § 70 IV S. 2 GWB fallen¹⁾.

Dieser Standpunkt ließe sich nur dann vertreten,
wenn es zutrifft, daß es bei der Anwendung unbe-
stimmter Rechtsbegriffe im GWB keinen Ermessensbe-
reich gibt. Eine solche Auslegung von § 70 IV GWB
dahingehend, daß der Gesetzgeber diese Bestimmung
nur für Tatbestände gedacht haben sollte, die von
der bisherigen Rechtsprechung und Lehre als echte,
gerichtlich nicht nachprüfbare Ermessenstatbestän-
de - und zwar im Gegensatz zu den unbestimmten

- 1) Zu diesen demnach von den Gerichten voll nachprüf-
baren Begriffen sollen nach der Auffassung von
Langen die unbestimmten Rechtsbegriffe "Beschrän-
kung des Wettbewerbs" (§ 1 Abs. 1 GWB) und die
"nachhaltige Änderung der Nachfrage" (§ 4 Abs. 1 GWB)
gehören; vgl. Langen, Kartellgesetz § 70 Anm. IV;
a.A. v. Köhler, Das Kartellverbot als Schranke und
Inhaltsbegrenzung des Eigentums, DVBl. 1958, S. 635
ff. (639 Anm. 33). Langen steht damit im Einklang
mit demjenigen Autoren, die der Auffassung sind, daß
die Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs ein
Ermessen ausschließe. Zwar wird von ihnen der Ver-
waltungsbehörde ein "Beurteilungsspielraum" einge-
räumt und wohl auch nicht mehr bestritten, daß "von
der Denktätigkeit aus gesehen, kein greifbarer Un-
terschied zwischen der Rechtsauslegung- und -anwen-
dung im Bereich des "Begriffshofes", der freien In-
terpretation im Beurteilungsspielraum und dem, was
... als Verwaltungsermessen bezeichnet" wird, be-
steht. Der sachliche Unterschied zum Verwaltungser-
messen wird bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbe-
griffe im Bereich des "Begriffshofes" vielmehr dar-
in gesehen, daß jede Konkretisierung des "Begriffsho-
fes" (und des "Beurteilungsspielraumes") interpreta-
tiv wirke und die freie Entscheidung im Ermessensbe-
reich diese Folge nicht habe (vgl. Jesch, a.a.O.,
S. 233).

Rechtsbegriffen - angesehen worden sind, ist jedoch keineswegs zwingend. Wenn in § 7o IV S. 2 GWB die Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung der Nachprüfung des Gerichts entzogen wird, dann kann diese Bestimmung auch so verstanden werden, daß der Gesetzgeber davon ausgegangen ist, daß die Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung stets ein Ermessen erforderlich mache, und zwar ganz gleich, ob es sich dabei um die Anwendung eines typischen Ermessensbegriffs oder eines unbestimmten Rechtsbegriffs handelt.

Ausgangspunkt für diese gesetzliche Regelung war die Überlegung des Gesetzgebers, daß die Gerichte keine Wirtschaftspolitik betreiben sollten¹⁾. Insoweit hat der Gesetzgeber dem in der Verwaltungsrechtswissenschaft seit langem herrschenden Grundsatz Rechnung getragen, daß unabhängige Gerichte, die politisch nicht kontrolliert werden können, keine politischen Entscheidungen fällen dürfen²⁾. Hierzu haben die Ausführungen, die v. Laun im Jahre 1910 zu dieser Frage gemacht hat³⁾, noch nichts an Aktualität verloren: "Die Unabhängigkeit des entscheidenden Organs ist von hohem Wert, wo das Gesetz den Obersatz für die zu ziehenden Schlüsse enthält, wo es sich also darum handelt, aufgrund von Gesetzeskenntnis und Logik Rechtsverletzungen und Rechtsbeugungen zu beseitigen. Wenn aber ein öffentliches Organ sich den Obersatz für seine Schlüsse durch eigenen Willen, auf Grund seiner eigenen Ansicht über das Zweckmäßigste schafft, dann ist es im modernen Verfassungsstaat unerläßlich, daß es entweder unmittelbar oder mittelbar durch seine Vorgesetzten der

1) vgl. S. 4o.

2) Aus diesem Grunde vertreten v. Köhler (DÖV 1960, S. 214), Zweigert (DVgl. 1958, S. 786) und Würdinger (WuW 1958, S. 406) die Auffassung, daß die ausdrückliche Hervorhebung der Einschränkung der gerichtlichen Nachprüfungsbefugnis für wirtschaftspolitische Entscheidungen in § 7o IV S. 2 GWB überflüssig sei.

3) Das fr. Ermessen, S. 106.

politischen Kontrolle der Vertretungskörper unterstellt sei. Viel weiter aber ginge das völlig unbeschränkte freie Ermessen des obersten Verwaltungsrichters, der unter Berufung auf seine gesetzlich garantierte richterliche Unabhängigkeit seinen hier vom Gesetze gänzlich unbeeinflussbaren Willen, seine politische Überzeugung zur Geltung bringen könnte, ohne daß jemand im Staat auch nur den geringsten Einfluß auszuüben im Stande wäre".

Ergibt sich bei einer Untersuchung des Wesens der Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung, daß diese nur im Wege des Ermessens erfolgen kann, dann müssen alle diejenigen gesetzlichen Tatbestände, bei denen eine solche Würdigung eine Rolle spielt, auch der Regelung des § 70 IV S.2 GWB unterfallen. Der in § 70 IV S. 1 GWB gezeichnete Ermessensbereich ist der denkbar umfassendste, so daß eine solche Würdigung, die bei der Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs erforderlich wäre, fraglos von ihm erfaßt würde. Aus der Entstehungsgeschichte¹⁾ des § 70 IV GWB läßt sich entnehmen, daß der Gesetzgeber im Hinblick auf die Rechtsprechung des BVerwG davon ausgegangen ist, daß es Ermessensbegriffe in den gesetzlichen Tatbeständen des GWB gibt und daß die in § 70 IV S. 1 GWB unbeschränkte Nachprüfungsbefugnis der Gerichte in Ermessensangelegenheiten durch § 70 IV S. 2. GWB auch für das sogenannte Tatbestandsermessen eingeschränkt werden sollte.

1) vgl. S. 6 ff.

II. Das Wesen der Würdigung

Unter Würdigung in § 70 IV S. 2 GWB ist eine Wertung zu verstehen, wie sie bei der Anwendung eines Wertbegriffes notwendig ist¹⁾. Der Wertungscharakter ergibt sich schon aus der Wortinterpretation des

- 1) Zweigert im Kommentar von Müller-Henneberg-Schwartz S. 786 ist der Auffassung, daß der Gesetzgeber mit dem Begriff "Würdigung" Beweiswürdigung gemeint habe, die mit wirtschaftspolitischen Werten nichts zu tun habe. Er gelangt aber schließlich durch Auslegung von § 70 IV S. 2 GWB zu dem Ergebnis, daß die gesamtwirtschaftliche Lage und Entwicklung vom Gericht frei festzustellen sei, die wirtschaftspolitische Würdigung dagegen den Kartellbehörden belassen bleiben müsse. Der Umweg über die Auslegung ist entgegen Zweigerts Auffassung nicht erforderlich. Wenn Würdigung im Sinne von § 70 IV S. 2 GWB Beweiswürdigung bedeuten würde, dann wäre eine Ermessenskontrolle durch die Gerichte weitgehend ausgeschaltet. Die Gerichte hätten dann die von den Kartellbehörden zugrunde gelegten Tatsachen schlechthin zu übernehmen. Bei einer solchen Verfahrensweise würde es den Kartellbehörden ein leichtes sein, den für ein Eingreifen erforderlichen gesetzlichen Tatbestand durch entsprechende "Beweiswürdigung" zu schaffen. Es trifft zwar zu, daß auch die gesamtwirtschaftliche Lage und Entwicklung konstituierenden Tatsachen nur im Wege der Beweiswürdigung feststellbar sind. Diese Feststellung unterliegt aber den im Prozeßrecht geltenden Beweisregeln, deren Einhaltung gerichtlicher Nachprüfung zugänglich ist. Die Beweiswürdigung soll zur Feststellung von Tatsachen verhelfen. Sie unterscheidet sich aus diesem Grunde wesentlich von der Würdigung im Sinne einer Wertung, die nicht Tatsachen feststellt, sondern etwas über Tatsachen aussagt. Eine Feststellung von Tatsachen kann auch niemals einer wirtschaftspolitischen Wertung unterliegen, denn ob etwas tatsächlich existiert, ist von jeglicher Wertung unabhängig. Anders ist es - und diesen Fall hat der Gesetzgeber im Auge gehabt - bei der Bewertung von Tatsachen, welche die Feststellung dieser Tatsachen bereits voraussetzt.
vgl. hier auch die Ausführungen von Steindorff, Nichtigkeitsklage, S. 143 Anm. 426 zum Begriff der Würdigung in Art. 33 Abs. 1 S. 2 des Montanunion-Vertrages. Steindorff weist darauf hin, daß die Würdigung mit der Tatsachenfeststellung nicht identisch sei. In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, daß der Abgeordnete Dr. Hellwig im Generalbericht (Müller-Henneberg-Schwartz, S. 1172) bei der Erörterung des Begriffes der Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung in § 70 IV S. 2 GWB ausdrücklich auf die entsprechende Regelung in Art. 33 Abs. 2 des Montanunion-Vertrages hinweist.

Wortes Würdigung. Würdigung heißt soviel wie Wertung, Beurteilung, Einschätzung und zielt auf die Entscheidung deshandelnden Subjekts. Die Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung in ihrem logischen Vollzug ist nichts anderes als die Ausführung des gesetzlichen Auftrags seitens der Kartellbehörden (oder des Bundeswirtschaftsministers), einen Lebenssachverhalt, nämlich die gesamtwirtschaftliche Lage und Entwicklung, zu bewerten. Das Ergebnis einer solchen Wertung kann deshalb nur in Wertbegriffen wiedergegeben werden.

Die Wertbegriffe setzen sich, wie wir gesehen haben¹⁾, aus einer objektiven Komponente - der Bewertungsgrundlage - und einer subjektiven Komponente - der Wertung - zusammen. Die sachliche Komponente bei der in § 70 IVS. 2 GWB vom Gesetzgeber genannten Würdigung ist nichts anderes als die gesamtwirtschaftliche Lage und Entwicklung²⁾. Der subjektive Charakter der im Rahmen von § 70 IV S. 2 GWB vorzunehmenden Würdigung ergibt sich daraus, daß es dabei um wirtschaftspolitische Fragen geht. Wirtschaftspolitische Entscheidungen werden zur Verwirklichung bestimmter wirtschaftlicher Zielsetzungen gefällt, über deren Zweckmäßigkeit sogar unter den Fachleuten nicht selten unüberbrückbare Meinungsverschiedenheiten bestehen. Die gegensätzlichen Auffassungen in grundsätzlichen Fragen der Wirtschaftspolitik zwischen den beiden großen Parteien in der Bundesrepublik, vor allem im ersten Nachkriegsjahrzehnt, geben hierrür ein anschauliches Beispiel. Volkswirtschaftlichen Erkenntnissen wird dabei häufig nur insoweit Rechnung getragen, als sie mit den parteipolitischen Vorstellungen zu vereinbaren sind.

Sogenannte "objektive Wertungen" im Sinne einer Meinung "aller billig und gerecht Denkenden", der "all-

1) vgl. S. 62 ff.

2) vgl. zum Begriff der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung die Ausführungen auf S. 119 ff.

gemeinen Durchschnittsauffassung" oder den "Wertvorstellungen der Gesellschaft" scheiden bei der Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung so gut wie ganz aus. Wie wir in den vorangegangenen Ausführungen festgestellt hatten, sind Wertmaßstäbe bei der Anwendung von Wertbegriffen im Wirtschaftsverwaltungsrecht, zu dem auch die Verwaltungstätigkeit der Kartellbehörden gehört, in weiten Bereichen nicht nachweisbar¹⁾. Es ist zwar durchaus möglich, daß die "allgemeine Durchschnittsauffassung" eine Antwort darüber zu geben vermag, ob die wirtschaftliche Lage schlecht oder gut ist. Hierbei handelt es sich aber um grobe Unterscheidungen, die für konkrete Einzelmaßnahmen keinen verlässlichen Maßstab abgeben können. Die gesamtwirtschaftlichen Zusammenhänge zu überschauen, ist heutzutage angesichts der engmaschigen Verflechtung der Wirtschaftsprozesse ohnehin nur Fachleuten möglich.

Wirtschaftspolitischcs Handeln läßt sich nur in sehr beschränktem Maße eindeutig festlegen²⁾, weil das Feld der als möglich verfolgbaren Ziele sehr weit ist und die Auswahl der wirtschaftspolitischen Zielsetzung von einer Wertung abhängig ist, die rational nicht vorgegeben ist. Dadurch unterscheidet sich die praktische Wirtschaftspolitik von der Wirtschaftspolitik als Wissenschaft, welche "die anzustrebenden Ziele zwar zu präzisieren, zu katalogisieren und zu systematisieren versucht, aber diese Ziele nicht selber setzt"³⁾. Zu diesen Zielen gehören u.a.: Die Förderung der einzelnen Wirtschaftszweige, wie den Wohnungsbau, die Landwirtschaft, den Kohlenbergbau; ferner die Stabilität der Währung, die Erhöhung der Verteidigungsausgaben, die Förderung der Eigentumsbildung,

1) vgl. die Ausführungen auf S. 86 ff.

2) Pütz, Theodor, Zur Grundlegung wirtschaftspolitischer Konzeptionen, Schriften des Vereins für Sozialpolitik, Neue Folge Bd. 18, Die wirtschaftspolitische Konzeption, S. 9 ff. (18).

3) E. Welter in Wirtschafts-Lexikon, 4. Aufl. Wiesbaden 1961, S. 1551.

die Herabsetzung der Steuern. Diese Ziele können nicht mit gleicher Intensität zur gleichen Zeit verfolgt werden, weil sie sich zum Teil sogar gegeneinander ausschließen. So werden erhöhte Rüstungsausgaben schwerlich dazu beitragen, daß die Steuern herabgesetzt werden können, die wiederum erforderlich sind, um den Bau von Wohnungen oder Straßen finanzieren zu können. Die Wirtschaftspolitik ist auch auf weiten Gebieten im Zeichen des Sozialstaates ein Instrument der Verteilung des Sozialprodukts, das bei weitem nicht ausreicht, um allen Bedürfnissen gerecht zu werden, und ist daher nicht nur unter den politischen Parteien, sondern auch unter den Tarifpartnern fortwährend Gegenstand des Kräftespiels. Es ist beispielsweise nicht möglich, mit derselben wirtschaftspolitischen Maßnahme den Interessen der Landwirte, den Industriellen, den Arbeitnehmern oder den Rentempfängern in gleicher Weise zu dienen, weil sie für jede Gruppe andere Auswirkungen hat. So bringt eine Rentenerhöhung zwar eine wirtschaftliche Besserstellung für die Rentenempfänger, belastet aber zusätzlich den Bundeshaushalt und die Beiträge der Arbeitnehmer. Die Subventionierung der Landwirtschaft durch staatlich festgesetzte höhere Preise wiederum geht zu Lasten des Konsumenten. Ein objektiver und meßbarer Maßstab für die Reihenfolge und Rangordnung der jeweiligen wirtschaftspolitischen Zielsetzung ist deshalb - soweit nicht die Verfassung in ihrem weiten Rahmen etwas anderes gebietet - nicht nachweisbar.

III. Die Trennung von Tat- und Rechtsfrage bei der Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung

Bei der Frage, inwieweit bei der Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung objektive Maßstäbe für eine gerichtliche Überprüfung gefunden werden können, bedarf es darüber hinaus einer näheren Untersuchung der Struktur dieses Wertbegriffs. Was ist bei seiner Anwendung Tat- und was ist Rechtsfrage? Ist es möglich, Ober- und Untersatz bei der Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung zu eliminieren, um auf diese Weise die Wertung von der Bewertungsgrundlage scheiden zu können? Bei der Analyse des Wertbegriffs haben wir gesehen, daß das Ergebnis einer Wertung entscheidend von der jeweiligen Bewertungsgrundlage abhängig ist. Dort hatten wir erkannt - was für die gerichtliche Nachprüfung wesentlich ist, daß eine Wertung zum Maßstab für eine bereits vollzogene Wertung nur dann gemacht werden kann, wenn beiden Wertungen die gleiche Bewertungsgrundlage zugrunde gelegen hat¹⁾. Eine gerichtliche Kontrolle kann deshalb schon aus der Struktur des Begriffs der Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung nur in dem Maße erfolgen, als die Trennung von Tat- und Rechtsfrage bei der Anwendung dieses Begriffs möglich ist.

a) Ober- und Untersatz bei den Erfahrungsbegriffen

Zunächst ist zu fragen, inwieweit bei den Rechtsbegriffen im GWB überhaupt eine Trennung von Tat- und Rechtsfrage möglich ist. Bei reinen Erfahrungsbegriffen ist die Trennung in der Regel ohne große Schwierigkeiten zu bewältigen. Die Lösung ergibt sich aus dem Wesen der Rechtsbegriffe, die den Obersatzbilden, und den vorjuristischen Begriffen des Untersatzes. Wir haben in den vorangegangenen Untersuchungen festgestellt²⁾, daß die vorjuristischen

1) vgl. die Ausführungen auf S. 69 f und S. 32
Anm. 4.

2) S. 55.

Begriffe sich uns so darstellen, wie sie der allgemeine Sprachgebrauch oder die nichtjuristische Wissenschaft¹⁾ verwendet. Als allein maßgeblich für die Bildung der Rechtsbegriffe erkannten wir hingegen den Gesetzgeber.

Bevor eine Tatsache²⁾ unter einen Rechtsbegriff

- 1) Scheuerle a.a.O., S. 20 ff., S. 27 trifft noch die Unterscheidung zwischen semantischen Obersätzen, auf denen die Benennung der Begriffe beruht, und faktischen Obersätzen, die die Erkenntnis der Tatsachen ermöglichen (a.a.O. S. 25). Diese Trennung mag zwar für die logische Analyse der Tatsachenfeststellung von Nutzen sein, für die Trennung von Tat- und Rechtsfrage ist sie aber in der Praxis ohne Bedeutung. Anders ist es allerdings mit den sog. technischen Obersätzen, die für die Benennung von solchen Begriffen Verwendung finden, die nicht vom Sprachgebrauch, sondern von den einzelnen Wissenschaften gebildet werden. Sie erfordern eine besondere Beachtung, weil sie bei der juristischen Subsumtion den Untersatz bilden. Vgl. z.B. den Begriff der Unzurechnungsfähigkeit in § 51 StGB, bei dem man die medizinisch-wissenschaftliche Unzurechnungsfähigkeit von der juristischen Unzurechnungsfähigkeit zu unterscheiden hat. OHG v. 13.7.1950 DRZ 1950, 495. Das gleiche gilt für den Begriff der Geisteskrankheit in § 61 Ziff. 1 BGB. HessVGH v. 17.12.1954, ES VGH Bd. 4 S. 155.
- 2) Der Begriff der Tatsache im Zusammenhang mit der Trennung von Tat- und Rechtsfrage wird keineswegs einheitlich beurteilt. Eine gute Übersicht über das Schrifttum zu dieser Frage gibt Scheuerle a.a.O. S. 8 ff. Er selbst gibt folgende Definition vom Begriff der Tatsache (a.a.O. S. 36): "Tatsachen (Fakten, Sachverhalte, Tatbestände) sind physische und psychische Gegebenheiten, welche in Urteilen als wahr gedacht, in natürlichen (oder technischen) Allgemeinbegriffen interpretiert (erkannt), benannt und als Realitäten wirklich gesetzt sind. Sie werden durch Wahrnehmung, Erinnerung oder Schlußfolgerung dem Bewußtsein gegenwärtig und in elementaren, attributiven oder Relationsgebilden gedacht". Es verdient bei der Betrachtung der Wertbegriffe festgehalten zu werden, daß die Wertung als psychische Gegebenheit eine Tatsache ist, vgl. dagegen Engisch, Logische Studien, S. 93, der die Auffassung vertritt, daß Wertattribute keine Tatsachen sind. Beizupflichten ist Engisch allerdings darin, wenn er ausführt, daß eine Wertung keine Feststellung der bewerteten Tatsachen ist.

subsumiert werden kann, muß sie erst in vorjuristischen Begriffen festgestellt werden, weil sie auf eine andere Weise dem menschlichen Denken nicht zugänglich ist¹⁾. Stellt der Richter z.B. fest, daß der Kläger durch den Einsturz eines Bagerüstes einen Schaden erlitten hat, dann prüft er nach, ob der vorjuristische Begriff "Bagerüst" dem Rechtsbegriff "mit einem Grundstück verbundenen Werk" des § 836 BGB entspricht. Oder der Richter hat sich in einem anderen Fall zu fragen, ob der vorjuristische Begriff "Pferd" oder "gezühmtes Reh" unter den Rechtsbegriff "Haustier" in § 833 BGB fällt. Die Antwort läßt sich aus der Definition des jeweiligen Rechtsbegriffes geben, die für den letzteren Fall unter Haustieren in § 833 BGB zahme Tiere versteht, die vom Menschen in seiner Wirtschaft zu seinem Nutzen gezogen und gehalten werden²⁾. Unter diese Definition läßt sich zwar ein Pferd, nicht aber ein zahmes Reh subsumieren³⁾.

Ob die durch einen Begriff bezeichnete Tatsache eine Tatsache im Sinne einer Rechtsnorm ist, entscheidet allein der Wille des Gesetzgebers, der die Begriffsbildung der Rechtsbegriffe maßgeblich bestimmt⁴⁾. Bei der Bildung der Rechtsbegriffe - des Obersatzes - sind dabei alle diejenigen Momente zu berücksichtigen, die wir in den vorangegangenen Ausführungen für die Struktur der Rechtsbegriffe als wesentlich erkannt haben. Da es bei Erfahrungs- (Rechts-)begriffen in der

1) vgl. die Ausführungen auf S. 46 ff.

2) Palandt-Gramm § 833 Anm. 6.

3) Urt. d. RG v. 18.4.1912, RGZ 79, S. 248.

4) vgl. oben S. 44 ff.

Regel möglich ist, den einzelnen Begriff durch die Begriffsdefinition wiederzugeben, ist eine Trennung von Tat- und Rechtsfrage theoretisch schon dadurch durchführbar, daß die beiden Definitionen des vorjuristischen Begriffs und des Rechtsbegriffs gegenüber gestellt werden, so daß sich bei einem Vergleich der Definitionen ihre Verschiedenheit zeigt¹⁾. Diese Verschiedenheit der Definition schließt eine Subsumtion des vorjuristischen Begriffs unter den Rechtsbegriff immer dann nicht aus, wenn der Rechtsbegriff die Begriffsmerkmale des vorjuristischen Begriffs mit umfaßt.

Oft ist es jedoch bei Erfahrungsbegriffen mit weitem Begriffsumfang leichter, den Begriff durch einzelne Fälle oder eine Gruppe von Fällen zu veranschaulichen. Bei einer solchen Verfahrensweise ergibt sich für die Trennung von Tat- und Rechtsfrage nichts anderes als bei der Gegenüberstellung von Definitionen, weil die einzelnen Fälle wieder in Definitionen, ~~darge-~~ stellt werden können²⁾.

Die Bildung des Untersatzes durchvorjuristische Begriffe läßt sich bei Erfahrungsbegriffen gegenüber dem durch Rechtsbegriffe gebildeten Obersatz dann genau

- 1) Freilich können sich hierbei auch Schwierigkeiten einstellen, die immer dann auftreten, wenn nicht mit Sicherheit gesagt werden kann, ob ein Gegenstand von dem in Frage stehenden Begriff noch umfaßt wird. Fällt z.B. ein Firmenschild unter den Begriff des "Werkes" in § 836 BGB? (vgl. RGUrt. v. 1.5.1916 JW 16,1019). Diese Urteilsunsicherheit ist eine Allgemeinerscheinung bei jeglicher Begriffsbildung und Begriffsanwendung. Sie tritt bei Erfahrungs- und Wertbegriffen gleichermaßen auf, weil vielmals nicht mit Sicherheit gesagt werden kann, ob ein Gegenstand einem anderen Gegenstand gleicht oder wenigstens ähnlich ist. Hier entscheidet dann allein die subjektive Wertung.
- 2) vgl. z.B. die zum Begriff der "dem persönlichen Gebrauch oder dem Haushalt dienenden Sachen" in § 811 Nr. 1 ZPO gegebenen zahlreichen Beispiele.

trennen, wenn die Feststellung der Begriffe des Untersatzes von keiner Wertung abhängig ist, sondern durch die (Erfahrungs)-Obersätze der vorjuristischen Begriffsbildung ermöglicht wird. Ob ein Hund, ein Mensch, ein Gebäude, ein Grundstück, ein Kraftfahrzeug in einer konkreten Lebenswirklichkeit vorhanden sind, das kann in der Regel ohne Schwierigkeit von jedermann festgestellt werden.

Solche Erfahrungsbegriffe finden wir auch im GWB. Was "Skonti", "Preis" (§ 2 Abs. 1), "Lieferant", "Abnehmer" (§ 2 Abs. 2), "Anmeldung", "Frist", "Monate" (§ 2 Abs. 3), "Erlaubnis" (§ 4), "Kartellregister" (§ 9 Abs. 1) sind, läßt sich in der Regel ohne Mühe feststellen. Schwierigkeiten können sich jedoch dann einstellen, wenn Erfahrungsbegriffe mit weitem Begriffsumfang Anwendung finden. So setzt sich beispielsweise der Begriff des "Bedarfs" in § 4 GWB aus einer Vielzahl von Einzel Tatsachen zusammen, bei denen es im Einzelfall zweifelhaft sein kann, ob sie noch unter den Begriff fallen oder nicht. Bei solchen Begriffen ist der Bereich der Unsicherheit bei der Begriffsanwendung zwangsläufig um ein Vielfaches größer als bei Erfahrungsbegriffen mit kleinem Begriffsumfang, wo er in den meisten Fällen nur verschwindend gering ist. Hier kann eine Subsumtion oft nur durch Wertung ermöglicht werden. Inwieweit eine Trennung von Tat- und Rechtsfrage bei Wertungen möglich ist, wird in den folgenden Ausführungen noch zu erörtern sein.

Wenn die den Untersatz bildenden Tatsachen festgestellt sind, ist eine erneute Tatsachenfeststellung für die Beantwortung der Frage, ob eine vorjuristische Tatsache eine Tatsache im Sinne eines Untersatzes ist, nicht mehr erforderlich¹⁾. Bei der Frage der Eignung einer Tatsache des Untersatzes

1) Scheuerle S. 29.

für die Subsumtion unter den Obersatz geht es immer nur um das Sosein in der Tatsache im Sinne des Obersatzes. Das Dasein, die Existenz der Tatsache, wird bereits im Untersatz festgestellt. Es spielt auch bei der Trennung von Tat- und Rechtsfrage bei reinen Erfahrungsbegriffen keine Rolle, wenn der Tatsachenbegriff des Untersatzes mit dem Tatsachenbegriff des Obersatzes voll identisch ist. Dann beschränkt sich die Entscheidung über die Rechtsfrage auf die Feststellung der Identität von dem vorjuristischen Begriff des Untersatzes und dem Rechtsbegriff des Obersatzes. Diese Feststellung ist allerdings notwendig; denn darin liegt gerade die Vor-
nahme der Subsumtion.

b) Das Verhältnis von Bewertungsgrundlage und Wertung bei der Trennung von Tat- und Rechtsfrage

Da die Wertung als solche keinen subsumtionsfähigen Obersatz liefert, der Obersatz bei Wertbegriffen vielmehr allein durch Abstraktion von der Bewertungsgrundlage gebildet werden kann¹⁾, hat man bei der Trennung von Tat- und Rechtsfrage bei Wertbegriffen das Augenmerk vornehmlich auf die Bewertungsgrundlage gerichtet und ihren inneren Zusammenhang mit der Wertung nur geringe Beachtung geschenkt.

Im Schrifttum²⁾ wird die Auffassung vertreten, daß die Schwierigkeiten bei der gerichtlichen Kontrolle von Wertbegriffen in vielen Fällen darin begründet liege, daß sich die Wertbegriffe nicht in genügend Tatsachenbegriffe auflösen ließen, um der nachprüfenden Instanz eine sichere Grundlage für die Nachprüfung der Anwendung des jeweiligen Wertbegriffes zu vermitteln. Bei dieser Frage ist zwischen der Bewertungsgrundlage einerseits und dem Bewertungsmaßstab andererseits scharf zu unterscheiden. Ein Abweichen der Meinungen von Verwaltungsbehörde und nachprüfendem Gericht kann nämlich in der Verschiedenheit des der Wertung zugrunde gelegten Wertungsmaßstabes, in der Zugrundelegung eines anderen Sachverhaltes oder in der Zugrundelegung sowohl eines anderen Wertungsmaßstabes als auch eines anderen Sachverhaltes begründet sein.

Was nun die Auflösung der Wertbegriffe in genügend bestimmte Tatsachenbegriffe angeht, kann nur die Bewer-

1) vgl. oben S. 73.

2) vgl. Jesch, a.a.O., S. 193 ff., Engisch, Log-Stud., S. 100 ff.

tungsgrundlage, den bewerteten Sachverhalt, betreffen. Wenn dieser sich als zu komplex oder verwickelt¹⁾ erweist, so daß er in seinen für die Wertung erheblichen Tatsachen dem Gericht nicht mitgeteilt werden kann, dann ist die Frage nach dem "Beurteilungsspielraum" im Sinne Bachofs zu stellen.

Wie sich aber aus dem Wesen der Wertbegriffe ergibt, stellt sich diese Frage bei den Wertbegriffen sowohl im Bereich der Bewertungsgrundlage als auch im Wertungsbereich. Es ist nicht das gleiche, ob das Gericht der Verwaltungsbehörde einen Spielraum bei der Zugrundelegung von Tatsachen zur Anwendung eines Wertbegriffes zubilligt oder ob das Gericht der Auffassung ist, daß sich eine zwingende Bewertung eines als feststehend zugrundegelegten Sachverhalts nicht feststellen läßt. Im letzten Fall geht es dann lediglich darum, welcher Bewertungsmaßstab maßgeblich sein soll. Ist ein objektiver Maßstab nicht zu ermitteln, dann steht die subjektive Auffassung der Verwaltung der ebenfalls subjektiven Meinung des Gerichts gegenüber und keine kann für sich die alleinige Richtigkeit beanspruchen. Eine noch so vollständige Unterbreitung von denjenigen Tatsachen, die der Verwaltung bei der Anwendung eines Wertbegriffes als Grundlage gedient haben, reicht dann nicht aus, um das kontrollierende Gericht zum gleichen Ergebnis bei der Begriffsanwendung gelangen zu lassen wie die Verwaltung, wenn nicht beide den gleichen Wertmaßstab anwenden.

Hier bewegt sich dann der Gesetzesanwender oft im

1) Die Schwierigkeiten bei der Ermittlung von Sachverhalten im Kartellrecht gewinnen hier besondere Bedeutung; vgl.: Die Ausführungen auf S. 114 ff.

"Begriffshof" im Sinne Hecks oder in der Sphäre der "problematischen Fälle" im Sinne W. Jellineks, wo nicht mit Sicherheit gesagt werden kann, ob der zu entscheidende Fall noch zu den vom gesetzlichen Begriff umfaßten Fällen gehört oder nicht¹⁾. Auch hier gibt es einen "Beurteilungsspielraum" für die Verwaltung, der sich immer dann rechtfertigen läßt, wenn der Wertmaßstab nicht mit genügender Bestimmtheit zu ermitteln ist und man die Zuständigkeit der Verwaltung für derartige Wertungen als zulässig ansieht.

Angesichts der Schwierigkeiten bei der Gesetzeskontrolle durch die Gerichte wird im Schrifttum überwiegend²⁾ die Ansicht vertreten, daß bei Wertbegriffen die Tatsachenfeststellung ohne gleichzeitige Subsumtion unter den Obersatz nicht durchführbar sei. Zu dieser Frage schreibt Wehli³⁾: "Ob durch eine gegebene Fahrtgeschwindigkeit unter Umständen die Verkehrssicherheit gefährdet war, ist zunächst Tatfrage; aber in der Feststellung, daß es der Fall war oder daß es nicht der Fall war, ist bereits das Ergebnis der rechtlichen Würdigung enthalten. Wer will hier genau die Grenze ziehen, wo die Tatfrage aufhört und die Rechtsfrage anfängt?" Radbruch⁴⁾ ist nicht weniger skeptisch: "Bei der Rechtsanwendung wird die mittels sozialer Begriffe vorgeformte Gegebenheit den diesen Begriffennachgebildeten Tatbestandsbegriffen subsumiert. So erscheinen übereinstimmende Begriffe bei der Beantwortung der Rechtsfrage, es wird zu einer Sache des Beliebens, ob man die Anwendung solcher Begriffe als tatsächliche Feststellung oder als rechtliche

- 1) W. Jellinek spricht hier (GGZ S. 37/38) von den "Sphären der positiven und der negativen Gewißheit" und des "möglichen Zweifels".
- 2) vgl. die umfangreichen Literaturangaben bei Engisch, Log. Stud. S. 83, Anm. 1.
- 3) Festschrift für Wach I, S. 415.
- 4) Rechtsidee und Rechtsstoff, Kantfestschrift des Arch. f. Rechtsphilosophie 1924, S. 189 (zitiert nach Engisch, Log. Stud., S. 88).

Würdigung aufmacht, und die auf diesem Gegensatz gegründete Unterscheidung von Berufung und Revision erweist sich als ... undurchführbar".

Engisch erläutert das Problem an einer Reihe von Beispielen: "Ist die Frage, ob ein Diebstahl, der im Morgenrauen begangen wurde, bei "Dunkelheit" und deshalb "zur Nachtzeit" begangen ist, eine Frage der Tatsachenfeststellung oder der Subsumtion? Wenn eine Norm von roten oder gelben Fahnen spricht oder wenn zu Verdunkelungszwecken die Benutzung blau abgeblendeter Lampen vorgeschrieben ist, ist dann die Entscheidung der Frage, ob ein bestimmtes Fahnentuch rot oder gelb bzw. ob eine bestimmte Blende blau oder grün ist, eine Tatsachenfeststellung oder eine Subsumtion?"¹⁾ ... Ist es Tat- oder Rechtsfrage, ob im zu beurteilenden Einzelfalle ein Verstoß gegen Treu und Glauben, gegen die guten Sitten vorliegt, ob das gesunde Volksempfinden hier und jetzt Bestrafung fordert, ob ein "besonders schwerer Fall" vorliegt, ob ein "wichtiger Grund" zur Kündigung gegeben war oder ob ein "wichtiges Glied des Körpers" eingeüßt wurde?"²⁾

Entgegen dieser Lehre von der Untrennbarkeit der Tat- und Rechtsfrage, die Engisch allerdings nicht für alle Fälle gelten läßt, vertritt Scheuerle³⁾ die Auffassung, daß eine solche Trennung stets logisch⁴⁾ möglich sei. Scheuerle stellt bei seiner Analyse über die Trennung von Tat- und Rechtsfrage jeweils die Frage nach der Provenienz der Obersätze⁵⁾, die für die Anwendung eines bestimmten Begriffes zur Anwendung kommen und glaubt auf diese Weise in jedem Falle eine Trennung zu ermöglichen.

1) Engisch, Log. Stud. S. 86.

2) Engisch, Log. Stud. S. 87.

3) a.a.O. S. 4 ff.

4) Die Erkenntnis, daß es sich hierbei um eine logische Frage handelt, ist freilich für die Erörterung dieses Problems unerlässlich; Scheuerle, S. 10.

5) Scheuerle, S. 44.

Zur Frage der Provenienz des Obersatzes bei Wertbegriffen kann zunächst allgemein gesagt werden, daß der Wille des Gesetzgebers die maßgebliche Instanz für die Wertung bestimmt, denn es können verschiedene Instanzen sein, die über eine Wertung Auskunft geben. So kann bei der Frage, was unter einer "anständigen Baugesinnung" zu verstehen ist, die Antwort grundverschieden ausfallen, je nach dem, ob die allgemeine Durchschnittsauffassung oder die Meinung einer bestimmten soziologischen Schicht maßgeblich sein sollen oder ob vielleicht besondere Sachkenner zu hören sind. Bei Wirtschaftsfragen wird das Spiegelbild der Meinungen möglicherweise noch schillernder sein, wenn die Verbraucher, Händler, Erzeuger oder die Regierung ihrer Meinung Ausdruck verleihen. Der Gesetzgeber wird aber in der Regel mit der Verwendung eines Wertbegriffes nur einen Wertmaßstab im Auge haben, wenn er nicht die Ausfüllung des Begriffes dem Ermessen des Gesetzanwenders überlassen will.

Wenn der Gesetzgeber auf ganz bestimmte Wertmaßstäbe verweist, dann muß der Gesetzesanwender diese Maßstäbe zur Bildung des Obersatzes verwenden. Der Eigenart der Wertbegriffe gemäß, die nur durch Beispiele veranschaulicht werden können, fragt er beispielsweise "alle billig und gerecht Denkenden" darüber, ob Knebelungsverträge sittenwidrig sind. Wird die Sittenwidrigkeit der Knebelungsverträge bejaht, dann ist mit der Bejahung zugleich der Obersatz für die Anwendung des Wertbegriffes der "guten Sitten" bei Knebelungsverträgen gegeben. Mit der nunmehr vorliegenden Definition der Knebelungsverträge, die möglicherweise noch der Auslegung bedarf, verhält es sich nun aber nicht anders als mit der Definition

eines Erfahrungsbegriffes. Die Trennung von Tat- und Rechtsfrage wird dadurch wie bei den Erfahrungsbegriffen möglich¹⁾.

Das Beispiel des Wertbegriffs der "guten Sitten" zeigt, daß die Trennung der Tat- und Rechtsfrage bei Wertbegriffen sich gegenüber den Erfahrungsbegriffen dann nicht unterscheidet, wenn auf eine objektiv feststellbare Instanz, wie die "Meinung aller billig und gerecht Denkenden" zurückgegriffen werden kann. Nun gibt es aber zahlreiche Wertbegriffe, wozu man vor allem die als "Ermessensbegriffe" bezeichneten Wertbegriffe rechnet, bei deren Anwendung keine objektiven Wertmaßstäbe herangezogen werden können, deren Wertmaßstab vielmehr in weiten Grenzen die subjektive Anschauung des Gesetzesanwenders ist. Hierzu gehören viele Begriffe im Wirtschaftsverwaltungsrecht wie "volkswirtschaftlich wichtiger oder lebensnotwendiger Bedarf"²⁾ oder "auf andere Weise nicht zu behebende Notlage" oder auch die zahlreichen Wertbegriffe im GWB³⁾, bei deren Anwendung objektive Maßstäbe weitgehend fehlen. Auch die unterschiedliche Strukturierung wirtschaftlicher Fachleute bei der Verwaltung einerseits und juristischer Fachleute bei den Gerichten andererseits spielt bei der Wertung mitunter eine entscheidende Rolle⁴⁾.

Gerade bei solchen auf subjektiven Entscheidungen des Gesetzesanwenders beruhenden Wertbegriffen kann es aber von Bedeutung sein, Tat- und Rechtsfrage zu trennen, weil das nachprüfende Gericht möglicherweise die subjektive Wertung der Verwaltung durch die eigene subjektive Wertung ersetzen will.

1) Scheuerle, S. 65 ff.

2) vgl. Ule, a.a.O., S. 323.

3) vgl. oben S. 34 f.

4) vgl. S. 70.

Auch hier wird die Wertung des Gerichts davon bestimmt sein, ob sich die Bewertungsgrundlage des in Frage kommenden Wertbegriffs in genügend Tatsachenbegriffe auflösen läßt.

Bei der Feststellung der Tatfrage läßt sich bei solchen Begriffen, deren Anwendung auf rein subjektiver Wertung des Gesetzesanwenders beruht, gegenüber den anderen Wertbegriffen, deren Anwendung auf objektive Wertungen zurückgeht, nichts Abweichendes feststellen. Die Beantwortung der Rechtsfrage sieht jedoch anders aus. Hier kann der Obersatz für die Subsumtion nur von dem Gesetzesanwender selbst durch subjektiven Entscheid gebildet werden, der allerdings mit der subsumierten Bewertungsgrundlage identisch ist. Die Trennung von Tat- und Rechtsfrage wird dadurch jedoch nicht ausgeschlossen. Die logische Struktur der Begriffsanwendung ist in einem solchen Falle nicht anders als bei der Subsumtion eines Erfahrungsbegriffs, bei dem der Begriff des Untersatzes mit dem Begriff des Obersatzes übereinstimmt¹⁾.

Nun gibt es aber Wertbegriffe, bei denen sich Tat- und Rechtsfrage als Tatsachenfeststellung und Subsumtion so eng miteinander verschlingen, daß eine Trennung unmöglich erscheint. Engisch gibt hierfür folgendes Beispiel²⁾: "Der Richter sieht einen Zeugen vor sich in einem Aufzug erscheinen, den er für ungebührlich erachtet. Was ist an dem Urteil, daß der Zeuge sich einer Ungebühr schuldig gemacht hat, Tatsachenfeststellung im Sinne begrifflich fixierter Wahrnehmung und was Subsumtion im Sinne einer Gleichsetzung des Wahrgenommenen

1) vgl. oben S. 104.

2) Log. Stud. S. 91.

mit den vom gesetzlichen Tatbestand gemeinten Fällen? Und ist nicht umgekehrt schon die Feststellung des Wahrnehmungsinhalts als eines so beschaffenen geleitet von einer Vorstellung dessen, was ungebührliches Aussehen und Auftreten ist?" Engisch bezweifelt, daß in einem derartigen Falle die Trennung von Tat- und Rechtsfrage möglich sein soll. Das Gegenteil behauptet Scheu-erle¹⁾. Er weist darauf hin, daß die Art, wie der Zeuge, der sich einer Ungebühr schuldig mache, vor Gericht auftrete, objektiv feststellbar sei, während die Frage, ob dieses Verhalten eine Ungebühr darstelle, sich nach dem im Gesetz aufgestellten Wertmaßstab richte. Erst dieser Wertmaßstab, der sich nach der gesellschaftlichen Auffassung des Richters richten kann, entscheide darüber, ob dieser Vorgang als Ungebühr anzusehen sei.

Wenn Engisch das Problem der Trennung in dem "unmittelbaren Gesamteindruck" sieht, der für die Subsumtion des Richters eine entscheidende Rolle spielt, dann will er damit auf die Schwierigkeiten bei der Feststellung der Bewertungsgrundlage des Wertbegriffes "Ungebühr" hinweisen. Ist im konkreten Fall die Bewertungsgrundlage weitgehend nur durch nicht mitteilbare und sich einer begrifflichen Erfassung entziehenden Imponderabilien feststellbar, dann ist ein Vergleich mit anderen vom Gesetz gemeinten Fällen - weil die objektive Vergleichsgrundlage fehlt - praktisch ausgeschlossen und der Richter muß in solchen Fällen auf Grund subjektiven Ermessens entscheiden. Eine Trennung von Tat- und Rechts-

1) a.a.O., S. 75, 76.

frage ist dann nicht möglich¹⁾, weil sie zur Voraussetzung hat, daß die Tatsachen des Untersatzes durch Begriffe erfaßt und festgestellt werden können. Selbst wenn deshalb die Verwaltung durch "unmittelbaren Gesamteindruck" die tatsächlichen Voraussetzungen für einen Wertbegriff für gegeben ansieht, kann das nachprüfende Gericht diese Bewertungsgrundlage nicht lückenlos nachprüfen, wenn sie sich nicht in genügend Tatsachenbegriffe auflösen läßt. Fälle, in denen sich die Bewertungsgrundlage eines Wertbegriffes nicht wenigstens in groben Zügen durch Tatsachenbegriffe darstellen läßt, werden bei einfach gelagerten Sachverhalten allerdings selten sein; denn auch beim Zeugen, der in einer ungehörigen Kleidung vor Gericht erscheint und dadurch eine "Ungebühr" vor Gericht verursacht, läßt sich durch die Feststellung seiner ungehörigen Kleidung die Bewertungsgrundlage für den Wertbegriff der "Ungebühr" durch vorjuristische Begriffe erfassen.

Bedeutend schwieriger ist die Trennung von Tat- und Rechtsfrage allerdings bei komplexen Sachverhalten, wie sie im Kartellrecht häufig zur Entscheidung stehen, weil sich dort die Bewertungsgrundlage für die Anwendung der Wertbegriffe wegen der Vielzahl der zu berücksichtigenden Tatsachen oft nicht mit hinreichender Genauigkeit feststellen läßt.

Die Sachverhalte, die den Kartellbehörden zur Entscheidung unterbreitet werden, zeichnen sich dadurch aus, daß das Tatsachenmaterial sehr umfangreich ist und die Feststellung des vorliegenden

1) a.A. Scheuerle, S. 76, der die Auffassung vertritt, daß es Aufgabe des Richters sei, den "unmittelbaren Gesamteindruck durch Begriffe zu erfassen." Das Problem liegt aber gerade darin, daß dies in vielen Fällen nicht möglich ist. Insoweit ist eine Mitteilung des "unmittelbaren Gesamteindrucks" an das kontrollierende Gericht ausgeschlossen.

Tatsachenkomplexes einen großen Arbeitsaufwand erfordern kann. Steindorff¹⁾ hat mit Berufung auf Max Weber darauf hingewiesen, daß die Tatsachenermittlung im GWB nicht nur die unmittelbare Feststellung einer tatsächlich bestehenden wirtschaftlichen Situation erfordert, sondern auch die Feststellung einer hypothetischen tatsächlichen Entwicklung und den Vergleich dieser beiden, wobei zukünftige Entwicklungen mit zu berücksichtigen sind.

So sei bei der Prüfung, ob eine vertikale Preisbindung den Wettbewerb beeinträchtigt, nicht nur die bestehende Wettbewerbslage zu ermitteln, sondern es seien noch tatsächliche Feststellungen über die Wirkung dieser Bindung zu treffen. Es müsse nicht nur geprüft werden, welches die Begleitumstände einer praktizierten Preisbindung seien, sondern es müsse gleichzeitig ermittelt werden, welche Situation sich ergeben würde, wenn bei im übrigen unveränderten Bedingungen die Preisbindung fehle. Erst der Vergleich dieser hypothetischen Situation mit den Verhältnissen bei bestehender Preisbindung ermögliche die tatsächliche Feststellung, daß die vertikale Preisbindung die Ursache wettbewerbsbeschränkender Wirkungen sei²⁾.

Da eine Berücksichtigung einer derartigen Fülle von gegenwärtigen, hypothetischen und zukünftigen Tatsachen einen ungeheuren Arbeitsaufwand erfordert, der in der Durcharbeitung von Aktenbergen von vielen tausend Seiten bestehen kann und aus diesem Grunde in vielen Fällen nicht durchführbar ist, ist im Bereich des Wettbewerbsrechts der Versuch unternommen worden, wirtschaftlich zweckmäßige Lösungen durch generalisierende Regelungen zu verwirklichen³⁾.

1) a.a.O., S. 27.

2) Steindorff, a.a.O., S. 26.

3) Steindorff, a.a.O., S. 34.

c) Tatbestandsfeststellung und generalisierende
Betrachtungsweise

Hierzu gehören die im amerikanischen Antitrustrecht entwickelten per se unzulässigen Wettbewerbsabreden; die Verständigung über Preise¹⁾, die Aufteilung von Absatzgebieten²⁾ und über die Beschränkungen der Produktion³⁾.

Die Tendenz der amerikanischen Rechtsprechung im Antitrustrecht geht dahin, die Auslegung der Gesetzesbestimmungen ausschließlich auf den Wettbewerbszweck zu begrenzen. Dadurch entfällt das Problem der Zweckwahl⁴⁾.

In gleicher Weise beschränkt die amerikanische Rechtsprechung die für eine Urteilsbildung relevanten Tatsachen. Künftige Entwicklungen und Nebenfolgen einzelner Entscheidungen bleiben dabei unberücksichtigt, vielmehr wird die Marktstruktur im Zeitpunkt der Urteilsbildung zugrunde gelegt und in der überwiegenden Zahl der Fälle an dem Modell des vollkommenen Wettbewerbs gemessen. Der Grund für diese Entwicklung ist darin zu erblicken, "daß jede andere Art der Rechtsanwendung diese Anwendung und damit die Durchsetzung der im Wettbewerbsrecht verkörper-

1) US v. Trenton Potteries Co 273 US 392 (1927).

2) US v. Aluminium Co of America 148 Fed. 2 d 416 (1945).

3) Am. Column & Lumber Co v. US 257 US 377 (1921).

4) Steindorff, a.a.O., S. 38.

ten Grundsätze praktisch unmöglich machen würde."¹⁾ Die deutschen Gerichte sind nach der Auffassung von Steindorff in der Lage, generalisierende Urteile bei Entscheidungen über die Wirksamkeit von Verträgen nach § 1GWB zu fällen. So genüge ein Wahrscheinlichkeitsurteil bei der Frage, ob ein Vertrag geeignet ist, Erzeugung oder Marktverhältnisse durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen, um die Unwirksamkeit dieses Vertrages zu bewirken. Er weist darauf hin, daß horizontale Preisbindungen und Gebietsaufteilungen stets unwirksam sind²⁾. Auch habe die Verwaltung die Möglichkeit, in § 5 II GWB die Genehmigung eines Rationalisierungskartells davon abhängig zu machen, ob es geeignet ist, die Befriedigung des Bedarfs zu verbessern. In gleicher Weise erlaube § 17 I Nr. 3 GWB der Kartellbehörde ein Einschreiten gegen vertikale Preisbindungen, die geeignet sind, in einer durch die gesamtwirtschaftlichen Verhältnisse nicht gerechtfertigten Weise die gebundenen Waren zu verteuern oder ihre Erzeugung oder ihren Absatz beschränken.

Das Bundeskartellamt hat sich bisher davor gescheut, in seinen Entscheidungen Gesichtspunkte anzuführen, die über den zur Entscheidung gestellten Fall hinaus generelle Bedeutung für andere Fälle haben könnten. Es hat im Jahresbericht für das Jahr 1959 hierzu folgendes ausgeführt:³⁾ "Die Beschlußabteilungen des Bundeskartellamtes beschränkten ihre Sach- und Rechtsausführungen auf das zur Beurteilung des jeweiligen Sachverhalts erforderliche Maß ... Da ein gleichartiges wirtschaftliches Erscheinungsbild jeweils auf einer unterschiedlichen Kombination einer Vielfalt von verursachenden Kräften und Bedingungen

1) Steindorff, a.a.O., S. 47.

2) Steindorff, a.a.O., S. 49.

3) Bundestagsdrucksache Nr. 1795, 3. Wahlperiode, S. 2.

beruhen kann, so würde nicht zuletzt auch angesichts der Interdependenz aller wirtschaftlichen Erscheinungen die zutreffende Anwendung des Gesetzes durch eine übereilte generalisierende Betrachtungsweise beeinträchtigt werden können."

Nun ist nicht zu verkennen, daß es zwar problematisch ist, eine Wertung, die einem komplexen Sachverhalt zugeschrieben wird, auch einem anderen komplexen Sachverhalt zuzuordnen, weil die Änderung des einer Wertung zugrunde liegenden Sachverhalts auch in der Regel die Wertung selbst beeinflusst. Sachlicher Gehalt und Wertung sind von einander abhängig und bedingen sich gegenseitig¹⁾. Eine generalisierende Wirkung von Entscheidungen der Kartellbehörden wäre aber dann möglich, wenn von dem einzelnen zur Beurteilung stehenden Fall einige wesentliche entscheidungserhebliche Punkte abstrahiert würden. Diese könnten dann Richtliniencharakter für künftige Fälle besitzen²⁾. Das setzt freilich voraus, daß sich die Kartellbehörden selbst an ihre einmal getroffenen Wertungen halten. Das gleiche gilt für die Entscheidungspraxis der Gerichte.

1) vgl. die Ausführungen auf S. 68 ff.

2) Als das Bundeskartellamt der Anmeldung des am 29.4.1958 gebildeten Kartells der Tapetenfabrikanten widersprochen hatte, kritisierte der Vorsitzende des Verbandes Deutscher Tapetenfabrikanten in einer Pressekonferenz am 19.8.1958 den Widerspruch des Bundeskartellamtes vor allem mit folgender Begründung: Das Bundeskartellamt habe gar nicht danach gefragt, ob die Preise für den Verbraucher angemessen seien, sondern habe lediglich danach geforscht, ob durch irgendwelche Maßnahmen der Marktmechanismus beeinträchtigt sein könnte. Das Bundeskartellamt habe damit den Marktmechanismus, der immer nur ein Mittel zum Zweck sein dürfe, zum Selbstzweck erhoben. (Der Kartell- und Preisdienst Nr. 6 v. 19.9.1958, K I - 30, Seite 1),

d) Die Struktur des Begriffs der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung

Bei der Anwendung des GWB gibt es wohl keinen komplexeren Lebensachverhalt als die gesamtwirtschaftliche Lage und Entwicklung¹⁾. Sie für einen bestimmten Zeitpunkt exakt und umfassend zu fixieren, erscheint nahezu unmöglich, weil dabei eine kaum überschaubare Menge von wirtschaftlichen Daten und sonstigem Tatsachenmaterial Berücksichtigung finden muß. Die Grundlage für die Erfassung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung muß "die in ihrer jeweiligen historischen Eigenart erkannte volle Wirklichkeit" sein, "die es wirtschaftspolitisch zu verändern gilt. Die richtige Erfassung und Interpretation der Ausgangssituation in ihrem historischen Sinngehalt ist deswegen von so ausschlaggebender Bedeutung, weil die zukünftige historische Ausprägung von Wirtschaft und Wirtschaftspolitik von der herrschenden Gesamtkonstellation entscheidend mitbestimmt wird. Dabei sind nicht nur die sozialen und wirtschaftlichen Erscheinungen und Vorgänge von Bedeutung, sondern alle relevanten Wertvorstellungen und wirkenden Kräfte, also auch solche, die nicht unmittelbar ökonomischer Natur sind. Alle ökonomisch relevanten Wesenszüge der Wirklichkeit müssen in ihrer jeweiligen historischen Ausprägung und typischen Kombination erfaßt und der Konzeption zugrunde gelegt werden; denn ... in ihnen steckt der ganze "Prämissensatz", aus dem die wirtschaftspolitische Konzeption abzuleiten ist. Eine Reihe von Faktoren ist

1) Wenn im Schrifttum die Auffassung vertreten wird, daß der Begriff der Gesamtwirtschaft alle Vorgänge der Gütererzeugung, des Güterumschlags und des Güterkonsums umfasse, (Sölter bei Müller-Benneberg-Schwartz § 4 Anm. 8; ähnlich Arndt, Adolf, Kartellrechtliche Verwaltungsakte, ArchÖR NFBd. 11, S. 193) so gibt diese allgemein gehaltene Umschreibung noch keine erschöpfende Auskunft über den Inhalt dieses Begriffs.

dabei als unabänderliche Datenkonstellation hinzunehmen. Dazu gehören nicht nur die unwandelbaren natürlichen und die nur langfristig wandelbaren strukturellen Voraussetzungen, sondern auch die innen- und außenpolitische Lage, die soziologischen und psychologischen Faktoren, die herrschenden geistigen Strömungen und ähnliches mehr. Es wird allerdings immer weitgehend von der spezifischen historischen Konstellation abhängen, welche dieser Faktoren als Konstanten betrachtet werden müssen und welche noch innerhalb der Grenzen des wirtschaftspolitischen Einflßbereiches liegen"¹⁾.

Aus diesem bunten Teppich wirtschaftspolitischer Prämissen, der bei der Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung als Bewertungsgrundlage herangezogen werden muß, ist zu entnehmen, daß die gesamtwirtschaftliche Lage und Entwicklung nicht nur als eine Summe von Erfahrungstatsachen anzusehen ist, sondern auch selbst wieder objektiv nicht meßbare Wertungen enthält. So hat die innen- oder außenpolitische Lage schon deshalb als Erfahrungstatsache auszuschneiden, weil sie einen eminent politischen Charakter hat und Gegenstand des ständigen politischen Kräftespiels ist. Die soziologischen und psychologischen Faktoren - beispielsweise die steigenden Ansprüche der Verbraucher - und der Einfluß der herrschenden geistigen Strömungen auf das gegenwärtige und zukünftige Wirtschaftsgechehen können ebenfalls nicht festgestellt, sondern nur bewertet werden.

Hier lassen sich dann Wertung und Bewertungsgrundlage nicht mehr trennen. Es kann nicht mehr gesagt

1) Neuhauser, Gertrud, Die wirtschaftspolitische Konzeption als Problem der theoretischen Wirtschaftspolitik, Schriften des Vereins für Sozialpolitik, Neue Folge, Bd. 18 S. 23 ff. (S. 30, 31).

werden, was Würdigung und was gesamtwirtschaftliche Lage und Entwicklung ist. Aus diesem Grunde sind - soweit bei der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung Wertungen mit hineinspielen - diese Wertungen in gleicher Weise gerichtlich nicht nachprüfbar wie die Würdigung der feststellbaren Daten in der Gesamtwirtschaft¹⁾. Eine Trennung von Tat- und Rechtsfrage ist in diesem Bereich nicht möglich und verlangt angesichts der zwingenden Regelung in § 70 IV S. 2 GWB, daß die Gerichte insoweit keine Kontrollbefugnis haben.

An dem Begriff der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung wird deutlich, daß er - abgesehen von der besonderen Problematik wirtschaftspolitischer Wertmaßstäbe - einen besonders großen "Beurteilungsspielraum" bei der Feststellung des Sachverhalts im Sinne Bachofs²⁾ aufweist und schon aus seiner Begriffsstruktur heraus eine gerichtliche Nachprüfung weitgehend unmöglich macht. Es ist nahezu ausgeschlossen, dem nachprüfenden Gericht alle diejenigen Tatsachen und Imponderabilien zu unterbreiten, die für eine gesamtwirtschaftliche Würdigung eine Rolle gespielt haben. Das Ineinanderfließen von Ober- und Untersatz bei der Anwendung dieses Begriffs trägt entscheidend dazu bei, daß eine Ausfüllung des "Begriffshofes" der Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung, wie es beispielsweise beim Begriff der "guten Sitten" in § 138 BGB der Fall gewesen ist, so gut wie ganz entfällt. Ein Wertbegriff, für den es charakteristisch ist, daß sich Wertung und Bewertungsgrundlage ständig ändern, ist schon seiner Begriffsstruktur nach festen Maßstäben nicht zugänglich.

Die Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und

- 1) vgl. v. Köhler, Das Kartellverbot als Schranke und Inhaltsbegrenzung des Eigentums, DVBl. 1958, S. 635 ff. (639).
- 2) vgl. S. 31.

Entwicklung erfolgt deshalb stets auf Grund subjektiver Wertung und Normen, an denen sich der Wertende orientieren könnte, sind in weiten Grenzen nicht nachweisbar. Gibt es aber keinen eindeutig zu ermittelnden Weg für die Kartellbehörde in der Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung, sind mithin mehrere Würdigungsergebnisse bei gleichbleibendem Sachverhalt möglich, dann handelt es sich bei der Würdigung um nichts anderes als Ermessen, um eine vom Gesetzgeber gewollte Mehrdeutigkeit¹⁾.

Gemäß den vorangegangenen Ausführungen ist deshalb die Folgerung zulässig, daß die Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung stets Ermessenscharakter hat und § 70 Abs. IV S. 2 GWB auch dann zur Anwendung gelangt, wenn es sich um eine gesamtwirtschaftliche Würdigung bei der Anwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen im Tatbestandsteil der Tatbestände des GWB handelt²⁾.

In § 70 IV S. 2 GWB ist bestimmt, daß lediglich die Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung der Nachprüfung des Gerichts entzogen ist. Daraus ergibt sich die Folgerung, daß die Nachprüfung der Bewertungsgrundlage - der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung - grundsätzlich nicht ausgeschlossen ist. Im deutschen Recht ist anerkannter Grundsatz, daß die Gerichte bei der Kontrolle von Ermessensentscheidungen die dem Ermessen zugrunde gelegten Tatsachen auf ihre Übereinstimmung mit der Wirklichkeit überprüfen können³⁾. Eine Tatsachenkontrolle rechtfertigt sich darin, daß die Gerichte nur auf diese Weise in der Lage sind,

1) Im Ergebnis ebenso Benkendorff, a.a.O. S. 743.

2) Ebenso Benkendorff, a.a.O.

3) BVerwG, Urt. v. 26.5.1955, BVerwGE, 2, 135; v. 15.11.1956, NJW 1957, 575; v. 27.2.1957, DVBl. 1957, 681; Bachof, JZ 1955, S. 99; Ule, DVBl. 1953, S. 496; derselbe, Ged.Schrift für W. Jellinek, S. 329.

Ermessensfehler festzustellen. Für die Kontrolle von § 70 IV S. 2 GWB kann nichts anderes gelten. Die Gerichte müssen auch schon deshalb die Tatsachen, die von den Kartellbehörden ihrer gesamtwirtschaftlichen Würdigung zugrunde gelegt werden, nachprüfen können, um feststellen zu können, ob es sich im konkreten Fall überhaupt um eine gesamtwirtschaftliche Würdigung handelt. Geht es nur um die Würdigung eines begrenzten Tatsachenkomplexes, dann kann § 70 IV S. 2 GWB keine Anwendung finden¹⁾. Es muß deshalb von den Kartellbehörden verlangt werden, daß sie jede wirtschaftspolitische Maßnahme wenigstens auf so viele gerichtlich feststellbare Tatsachen stützen, daß das nachprüfende Gericht zu beurteilen in der Lage ist, ob es sich um eine die Gesamtwirtschaft berührende wirtschaftspolitische Maßnahme handelt oder um eine Maßnahme, die nur mit Rücksicht auf Teilbereiche der Wirtschaft ergeht. Hier ist ein weitgehendes Maß an klaren Angaben in den tatsächlichen Voraussetzungen für wirtschaftspolitische Maßnahmen der Kartellbehörden zu fordern, weil andernfalls der gerichtlich nicht nachprüfbare Bereich in § 70 IV S. 2 GWB in unzulässiger Weise ausgeweitet würde. Die Frage, ob eine die Gesamtwirtschaft berührende wirtschaftspolitische Maßnahme vorliegt, unterliegt nicht dem Ermessen der Kartellbehörden, sondern ist eine gerichtlich nachprüfbare Rechtsfrage²⁾.

- 1) In Art. 33 I 2 des Montanunion-Vertrages ist hinsichtlich der Würdigung einzelner Tatsachen und Umstände die Zulässigkeit gerichtlicher Nachprüfung im Gegensatz zur Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung bei der Ausarbeitung des Vertrages ausdrücklich anerkannt worden; vgl. Steindorff, Nichtigkeitsklage, S. 131 und Anm. 398 daselbst.
- 2) Das Bundeskartellamt hat in seinen bisherigen Entscheidungen, in denen die Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung eine Rolle spielte, stets mit ausführlicher Begründung dargelegt, welche wirtschaftspolitischen Erwägungen für die jeweilige Entscheidung aus-

Die Kontrolle des von den Kartellbehörden bei der Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung zugrunde gelegten Wertmaßstabes ist den Gerichten jedoch kraft Gesetzes versagt. Entscheidend für die in § 7o I V S. 2 GWB getroffene Regelung ist deshalb, daß sich in dem dort gegebenen Rahmen die Kartellbehörden den Obersatz in eigener Kompetenz bilden sollen. Korrekturen durch die Gerichte sind insoweit unzulässig. Dagegen ist eine Nachprüfung der Tatsachen, die der Würdigung zugrunde liegen, grundsätzlich durch die Tatsacheninstanzen zulässig, soweit sie sich nicht im Falle der Unmöglichkeit der Trennung von Tat- und Rechtsfrage auch auf die wirtschaftspolitische Würdigung der Tatsachen erstrecken würde¹⁾. Bei der Anwendung von Begriffen, die neben der gesamtwirtschaftlichen, wirtschaftspolitischen Wertung noch andere Wertungen erfordern, ist jedoch die Einschränkung zu ma-

schlaggebend gewesen sind. Bei der Frage, ob die Voraussetzungen für die Erlaubniserteilung eines Rationalisierungskartells nach § 5 Abs. 3 GWB vorliegen, hatte das Bundeskartellamt wiederholt zu prüfen, ob die Rationalisierung im "Interesse der Allgemeinheit" erwünscht ist. Der Begriff "Interesse der Allgemeinheit" enthält eine wirtschaftspolitische Wertung, weil die durch das Rationalisierungskartell zu erwartenden Auswirkungen auf das Wirtschaftsgeschehen nur dann von der Kartellbehörde gebilligt werden können, wenn sie "volkswirtschaftlich zweckmäßig und erlaubniswürdig" sind. (Beschl. des BKartA v. 10. Dez. 1959, WuW/E BKartA 104 (110); v. 30. Juni 1960, WuW/E BKartA 211 (217); v. 5. Mai 1960, WuW/E BKartA 200 (204); v. 20. Juli 1960, WuW/E BKartA 224 (234); v. 23. Aug. 1960, WuW/E BKartA 241 (249); v. 20. Dez. 1960, WuW/E BKartA 292 (300)).

- 1) Siehe die Ausführungen auf S. 119 ff. und v. Köhler, Der Kartellverbot als Schranke und Inhaltsbegrenzung des Eigentums, DVBl. 1958, S. 635 ff. (639).

chen, daß der Ausschluß der gerichtlichen Nachprüfung sich nur auf die gesamtwirtschaftliche Wertung erstreckt¹⁾.

1) Die Auffassung von Zweigert im Kommentar von Müller-Henneberg-Schwartz, S. 785, daß auch dann, wenn die Auswahl einer nicht wirtschaftspolitischen Wertung wiederum auf wirtschaftspolitischen Erwägungen beruht, eine gerichtliche Kontrolle dieser Auswahl nach § 70 IV S. 2 GWB ebenfalls ausgeschlossen sein soll, findet m.E. im Gesetz keine Stütze.

IV. Der Begriff der Wirtschaftspolitik in § 7o IV S. 2 GWB

a) Der wirtschaftspolitische Sinn von § 7o IV S. 2 GWB

Das GWB enthält eine Vielzahl von Tatbeständen, bei deren Vorliegen ganz bestimmte Rechtsfolgen durch die Kartellbehörden ausgelöst werden können. Das Instrumentarium der im GWB den Kartellbehörden zur Verfügung gestellten Eingriffsmöglichkeiten soll durch § 7o IV S. 2 GWB nicht angetastet, weder erweitert noch beschränkt, werden. Hierauf kann sich der Vorbehalt der wirtschaftspolitischen Handlungsfreiheit der Kartellbehörden nicht erstrecken.

Die Problematik des § 7o IV S. 2 GWB liegt vielmehr in den Ermessensbestimmungen des GWB. Sofern sich § 7o IV S. 2 GWB lediglich auf die Einschränkung der Ermessensnachprüfung bei den "Kann"-Bestimmungen des Gesetzes erstrecken würde, wäre die Möglichkeit der Kartellbehörden, Wirtschaftspolitik zu betreiben, verhältnismäßig eng begrenzt. Eine solche Einschränkung war jedoch vom Gesetzgeber nicht gewollt. Sein Wille ging dahin, immer dann, wenn die Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung eine Rolle spielt, insoweit die gerichtliche Nachprüfung auszu-schließen¹⁾.

1) Die Beurteilung der wirtschaftlichen Folgen der Kartellmaßnahmen ist der Nachprüfung des Gerichts jedoch nicht entzogen. Der Ausschuß für Wirtschaftspolitik hat klar zum Ausdruck gebracht, daß dieser Fragenbereich der Kontrolle der Gerichte unterworfen sein soll. Andernfalls würde den Rechtsmitteln jeder praktische Wert genommen, die in der Regel gerade wegen der wirtschaftlichen Folgen eingelegt würden. (vgl. Schriftenreihe Wirtschaft und Wettbewerb, Heft 5, Düsseldorf, 1957, S. 61).

Das ist aber gerade häufig bei den Tatbestandsvoraussetzungen des GWB der Fall¹⁾. Dadurch hat der Gesetzgeber den Kartellbehörden eine Handhabe gegeben, auf Tatbestandsvoraussetzungen des GWB Einfluß zu nehmen, soweit die gesamtwirtschaftliche Würdigung eines Sachverhalts in Frage steht.

Diese Feststellung erscheint zunächst geeignet, das feste Gefüge des Gesetzes zu sprengen, weil die Gefahr heraufbeschworen wird, daß damit der Verwaltungswillkür Tür und Tor geöffnet wird²⁾. Es gilt daher, zu untersuchen, ob sich rechtlich nachprüf- bare Grenzen für das wirtschaftspolitische Ermessen der Kartellbehörden aufzeigen lassen. Außerdem hängen diese Tatbestandsvoraussetzungen ja nicht allein

1) Vgl. die Ausführungen auf S. 181 ff.

2) Vgl. v. Köhler, DÖV 1960, S. 210 (213); das ist auch der Grund, weshalb von Würdinger in WuW 1958 S. 406 die Auffassung vertreten wird, daß aus verfassungsrechtlichen Gründen immer nur im Rechtsfolgeteil einer Norm ein Ermessensbereich zugestanden werden könne. Aber auch Würdinger räumt der Kartellbehörde einen gerichtlich nicht überprüfbaren Bereich ein, wenn er der Meinung ist, daß die bei der Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung zu treffende politische Entscheidung der dafür verantwortlichen Verwaltungsinanz vorbehalten bleiben soll. Da solche wirtschaftspolitischen Entscheidungen aber gerade in sehr vielen Fällen bei der Anwendung von Tatbestandsbegriffen im GWB getroffen werden müssen, gesteht auch Würdinger den Kartellbehörden einen gerichtlich nicht kontrollierbaren Bereich bei der Tatbestandsfeststellung zu. Es ist dann lediglich eine terminologische Frage, ob man diesen Bereich als Ermessensbereich bezeichnen will oder nicht. Sachlich handelt es sich ebenso um Ermessen wie bei der Ermessensausübung im Rechtsfolgeteil einer Norm. (vgl. hierzu die Ausführungen auf S. 23) Weil auch der Gesetzgeber diesen gerichtsfreien Raum bei der Fassung von § 70 IV S. 2 GWB als Ermessensraum angesehen hat, sollte man m.E. zumindest für den Anwendungsbereich des GWB zum besseren Verständnis den Begriff "Ermessen" verwenden.

von der wirtschaftspolitischen Wertung eines bestimmten Sachverhalts ab, sondern erfordern in der Regel noch die Berücksichtigung im Gesetz verankerter Wertungen, die mit der wirtschaftspolitischen Wertung zusammen erst das Vorliegen der vom Gesetz vorausgesetzten Tatbestandsmerkmale bedingen. Um die wirtschaftspolitische Wertung von den übrigen Wertungen unterscheiden und abgrenzen zu können, ist es deshalb notwendig, daß wir uns über das Wesen wirtschaftspolitischer Wertungen und Zwecksetzungen Klarheit verschaffen.

b) Der wirtschaftspolitische Rahmen von
§ 70 IV S. 2 GWB

Wenn man sich Klarheit über den in § 70 IV S. 2 GWB vom Gesetzgeber gemeinten Begriff des Politischen verschaffen will, dann ist zunächst die Einschränkung zu machen, daß es sich hierbei nicht um Politik schlechthin handelt, sondern um Wirtschaftspolitik; d.h. Steuerpolitik, Handelspolitik, Kartellpolitik, Krisenpolitik, Agrarpolitik, Währungspolitik, Preispolitik usw. Es geht dabei um eine staatliche Einflußnahme auf den Wirtschaftsablauf. Jede Entscheidung, die auf das Marktgeschehen einwirkt oder einwirken soll, ist eine wirtschaftspolitische, auch wenn sie lediglich auf Grund der Anwendung eines im GWB formulierten Tatbestandes ergeht, denn sie zielt auf einen wirtschaftlichen Erfolg, wie er auf Grund des Automatismus der tatsächlichen Wirtschaftslage mit großer Wahrscheinlichkeit gerade nicht eingetreten wäre. So gesehen kann man die Wirtschaftspolitik auch als die Beeinflussung von Standortfaktoren in der Wirtschaft bezeichnen. Die Genehmigung eines

Kartells hat deshalb immer wirtschaftspolitischen Charakter, wenn auch sein wirtschaftlicher Erfolg sehr unterschiedlich sein kann. In Anlehnung an eine Definition von Scheuner¹⁾ über den Begriff der Politik wollen wir unter Wirtschaftspolitik im GWB jede schöpferische Entscheidung über die die Gesamtwirtschaft berührenden Ziele und die Erzwingung und Ausübung sozialer Macht zu ihrer Durchsetzung verstehen. Gemäß dieser Definition unterscheiden wir zwischen wirtschaftlicher Zielsetzung einerseits und schöpferischer Entscheidung andererseits, die zur Erreichung dieser Ziele getroffen wird.

Der äußere Rahmen für jede wirtschaftspolitische Zielsetzung wird durch die Wirtschaftsverfassung bestimmt²⁾. Es geht bei der Wirtschaftsverfassung nicht nur um Fragen des technischen Ablaufs oder der neutralen Zweckmäßigkeit in der Wirtschaft, sondern um eine grundsätzliche, rechtliche Entscheidung, die mit Konsequenzen für alle Lebensbereiche der Staatsbürger verknüpft ist. Die Erfahrung hat gezeigt, daß der Inhalt der dem Staatsbürger zustehenden Rechte sich nach der jeweiligen Wirtschaftsverfassung wandelt. So steht in der Zentralverwaltungswirtschaft das Eigentum im Dienst der globalen Planung der Planungsbehörde, die den Staatsbürger in seiner persönlichen Verfügungsbefugnis einschränkt. Der Betriebsinhaber hat nur nach erteilten Weisungen zu handeln, ohne nach seinem eigenen Ermessen die Produktion bestimmen zu können. Die Wohnungen werden bewirtschaftet,

1) Der Bereich der Regierung S.272.

2) Vgl. hierzu Rau, W., Wirtschaftslenkende Verwaltung, DVBl. 1960, S. 337 ff.; Neuhauser, Gertrud, Die wirtschaftspolitische Konzeption als Problem der theoretischen Wirtschaftspolitik, S. 23 ff. (44).

so daß auch der Hauseigentümer in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit eingeengt wird. Mit einer Zentralverwaltungswirtschaft sind Freizügigkeit und Gewerbefreiheit unvereinbar, weil sie dem Staatsbürger die Möglichkeit geben würden, den staatlichen Wirtschaftsplan zu durchkreuzen, wenn er nach eigenem Gutdünken wirtschaften wollte. In einer Wettbewerbsordnung ist es genau umgekehrt. Sie ist ohne Vertragsfreiheit, Freizügigkeit, Gewerbefreiheit und freie Verfügungsgewalt über das Eigentum nicht denkbar.

Das GWB, das, in Ergänzung der Bestimmungen des Grundgesetzes, als wesentlicher Bestandteil unserer Wirtschaftsverfassung anzusehen ist¹⁾, will zwar nicht den freien Wettbewerb unbeschränkt und auf allen Gebieten sicherstellen. Die Zwecksetzung des GWB ist jedoch eindeutig, auf die Gewährleistung der Wettbewerbsfreiheit gerichtet, so daß von der wirtschaftsverfassungsrechtlichen Grundentscheidung her gesehen, diejenigen Bestimmungen, die eine Beschränkung des Wettbewerbs zulassen, als Ausnahmebestimmungen angesehen werden müssen. Die Vermutung spricht deshalb im Zweifel für den freien Wettbewerb.

Schon aus der Erkenntnis, daß die Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit auf der einen Seite und die damit einhergehende Stärkung der wirtschaftlichen Macht zugunsten des Staates oder einzelner Unternehmer oder Gruppen von Unternehmern auf der anderen Seite die freie Rechtssphäre des Staatsbürgers zwangsläufig beeinträchtigen muß, gilt es, die Grenzen des freien Wettbewerbs so weit wie möglich zu ziehen. Würde das GWB keinerlei Einschrän-

1) Vgl. H.C. Nipperdey, Wirtschaftsrecht, Handbuch der Wirtschaftswissenschaften, Köln und Opladen 1959, S. 1543 (1558).

kungen des Wettbewerbs zulassen, dann wären die Gerichte vielleicht in der Lage, die Zulässigkeit wirtschaftspolitischer Maßnahmen der Kartellbehörden zu beurteilen, als es der gegenwärtige Gesetzeswortlaut zuläßt. Das Nebeneinander von dem grundsätzlichen Verbot der Wettbewerbsbeschränkung in § 1 GWB und den im GWB von dem Verbot nicht betroffenen zahlreichen Ausnahmen birgt die Gefahr in sich, daß unter Ausnutzung dieser gesetzlich zulässigen Wettbewerbsbeschränkungen - wozu auch die wirtschaftliche Machtentfaltung von Großunternehmen, Monopolen und Konzernen zu zählen ist - die Wettbewerbsfreiheit unterhöhlt wird. Hier gilt es, die enge Verbundenheit von wirtschaftlicher Freiheit und rechtsstaatlicher Ordnung zu erkennen und auch danach zu handeln. Einen Rechtsstaat ohne wirtschaftliche Freiheit gibt es nicht¹⁾.

Die Gewährleistung der politischen Freiheit hat nach der Meinung des Gesetzgebers einen nur sehr geringen Wert, wenn sie nicht durch die wirtschaftliche Freiheit ergänzt wird. Umgekehrt bedeutet wirtschaftliche Abhängigkeit zugleich allgemeine Abhängigkeit²⁾. Leitbild für die mit dem GWB vom Gesetzgeber angestrebten Ziele ist die Überzeugung, daß der Mensch nur in Freiheit den Sinn seines Lebens realisieren kann. Diese Freiheit soll jedoch dort ihre Grenzen haben, wo Interessen Dritter oder der Gesamtheit in Frage stehen, deren Nichtbeachtung das ungehemmte Gebrauchmachen von der gegebenen Freiheit mißbräuchlich erscheinen läßt. "Der Einzelne muß sich diejenigen Schranken seiner Handlungsfreiheit gefallen lassen,

1) Eucken, a.a.O. S. 52 (Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 1952).

2) Günther, Eberhard, zit. bei Müller-Henneberg-Schwartz, a.a.O. S. 67.

die der Gesetzgeber zur Pflege und Förderung des sozialen Zusammenlebens in den Grenzen des bei dem gegebenen Sachverhalt allgemein Zumutbaren zieht, vorausgesetzt, daß dabei die Eigenständigkeit der Person gewahrt bleibt"¹⁾.

Deshalb hat der Gesetzgeber im GWB den Kartellbehörden die Möglichkeit eingeräumt, auf den Wirtschaftsablauf Einfluß zu nehmen, um derartigen Fehlentwicklungen steuern und die Weiterentwicklung der Wirtschaft fördern zu können²⁾.

Aus der materiellen Zielsetzung des GWB, "die Verwirklichung einer der Bindung durch Gleichheit unterworfenen Freiheit"³⁾ ergibt sich gleichzeitig, daß es kein Maßnahmegesetz zur Verfolgung einzelner, sich je nach Bedarf ändernder wirtschafts- und sozialpolitischer Ziele ist⁴⁾. Das GWB ist eine wirtschaftsverfassungsrechtliche Grundentscheidung, die einen an reinen Rechtswerten orientierten Charakter hat. Die Orientierung an unveränderlichen Rechtswerten allein gestattet es auch, Maßnahmen der Kartellbehörden durch die Gerichte überprüfen zu lassen. Maßnahmegesetzen ist es dagegen eigen, daß ihre wirtschaftspolitische Zielsetzung auf ganz bestimmte vorübergehende Zwecke gerichtet ist. Eine wirtschaftspolitische Zwecksetzung, die den Maßnahmegesetzen entspricht, hat der Gesetzgeber lediglich im Rahmen des § 70 IV S. 2 GWB gehabt⁵⁾.

1) BVerfG, Urt. v. 20. Juli 1954, BVerfGE Bd. 4, 7 (15 f.).

2) Interventionistische Maßnahmen wurden von der liberalen Nationalökonomie als nicht vereinbar mit einer marktwirtschaftlichen Ordnung angesehen. Demgegenüber setzt sich in jüngerer Zeit mehr und mehr die Auffassung durch, daß die Einheitlichkeit der Wirtschaftspolitik nicht darunter leide, sofern die Maßnahmen und Ziele systemkonform gewählt werden. Es wird sogar die Meinung vertreten, daß einzelne Maßnahmen notwendig sein können, um marktwirtschaftliche Fehlentwicklungen beheben zu können. Vgl. Esenwein-Rothe, Regionale Wirtschaftspolitik und soziale Marktwirtschaft a.a.O. S. 223.

3) Biedenkopf in Biedenkopf-Callmann-Deringer S. 32.

4) Vgl. hierzu Steindorff a.a.O. S. 7.

5) Vgl. die Ausführungen auf S. 144 ff.

Würde die Zwecksetzung des GWB nicht auf objektiv feststellbaren und unveränderlichen Kriterien beruhen, sondern lediglich auf die Durchsetzung sich stets wandelnder wirtschaftspolitischer Ziele angelegt sein, so gäbe es praktisch keinen Tatbestand und keinen Begriff im materiellen Teil des GWB, der nicht der Regelung des § 70 IV S. 2 GWB unterfiele. Die Gesetzesinterpretation müßte sich dann an dem jeweiligen aufgestellten wirtschaftspolitischen Ziel ausrichten, was zwangsläufig die Bildung des gesamten Obersatzes beim Syllogismus entscheidend bestimmen würde¹⁾. Soll deshalb das GWB als Grundsatzentscheidung für unsere geltende Wirtschaftsverfassung angesehen werden, dann kann ihr Bestand nur gewährleistet sein, wenn ihre tragenden Grundsätze in jedem Falle Beachtung finden und ihre Einhaltung der gerichtlichen Kontrolle unterliegt.

Haben wir somit den äußeren Rahmen für wirtschaftspolitische Zielsetzungen abgesteckt, der uns durch die Wirtschaftsverfassung unter Beachtung der im Grundgesetz festgelegten Grenzen gegeben ist, so gilt es nunmehr, das Wesen der wirtschaftspolitischen Entscheidungen zu untersuchen, die im Rahmen des GWB zur Erreichung wirtschaftspolitischer Zielsetzung von den Kartellbehörden getroffen werden.

1) Vgl. dazu die Ausführungen auf S. 44 ff. und H. Kronstein, Rechtsauslegung im wertgebundenen Recht, S. 19, 25 f.

c) Gesetz und Politik

Der Zugang zum Verständnis der in § 70 IV S. 2 GWB getroffenen Regelung wird durch einen Blick auf den im Laufe der letzten Jahrzehnte gewandelten Gesetzesbegriff erleichtert. Die drei Wesenselemente jeder Rechtsnorm: materiale Gerechtigkeit, Zweckmäßigkeit und Rechtssicherheit¹⁾ sind in der modernen Gesetzgebung mehr und mehr zugunsten zeitlich begrenzter, an reinen Zweckgesichtspunkten orientierter Regelungen vernachlässigt worden. Da Gesetze nur so lange Wirksamkeit entfalten können, als diejenigen Tatbestände noch vorliegen, zu deren Regelung sie erlassen worden sind, müssen wirtschafts- oder sozialpolitische Gesetze zwangsläufig temporären Charakter haben²⁾. Das bedeutet, daß der Gesetzgeber wieder zu neuen gesetzlichen Regelungen greifen muß, wenn er einer veränderten Situation mit adäquaten Maßnahmen zur Verwirklichung seiner politischen Vorstellungen begegnen will. Die damit verbundene Gefahr der Aushöhlung des Gesetzesbegriffes wird zwar allenthalben bedauert. Eine Änderung dieser Entwicklung herbeizuführen, sieht man sich jedoch angesichts der zahlreichen, dem Staat täglich aufs neue zuwachsenden Aufgaben, nicht in der Lage³⁾. Das wird im Wirtschaftsverwaltungsrecht besonders deutlich, das sich als Gestaltung der staatlichen Wirtschaftspolitik darstellt⁴⁾.

Hatte man noch im 19. Jahrhundert im Gesetz eine abstrakte und generelle Regelung im Hinblick darauf

- 1) Radbruch, Rechtsphilosophie, S. 168 ff.
- 2) So muß das Getreidepreisgesetz jedes Jahr neu erlassen werden; vgl. Strauß, Entwicklung und Probleme usw. S. 11, der u.a. auch auf das Kindergeldgesetz hinweist, das schon nach kurzer Zeit nach dem Inkrafttreten eine Änderung erfahren hat. (BGBl. 1954 I, S. 33 und 1955 I S. 17).
- 3) Scheuner, Die staatliche Intervention usw. S. 16; Strauß, Entwicklung und Probleme usw. S. 12 ff.; Wehrhahn a.a.O. S. 48 Anm. 33.
- 4) Scheuner, Die staatliche Intervention usw. S. 7; Strauß, Entwicklung und Probleme usw. S. 12: "Man hat die Intervention im Wirtschaftsgeschehen sehr anschaulich mit dem Schießen auf bewegliche Ziele verglichen."

gesehen, daß der Staat die als autonom begriffene Gesellschafts- und Sozialordnung respektiert und in diesem Rahmen auftretende Interessenkollisionen durch die Rechtsordnung zum Austrag gebracht¹⁾, so änderte sich dieser Zustand grundlegend, als der Staat vor allem seit dem ersten Weltkrieg sich zur Verwirklichung politischer Zielsetzungen der gesetzlichen Regelung bediente. Bis dahin hatte die Rechtsordnung der autonomen Gesellschaft zugebilligt, mit der Gerechtigkeit im Einklang zu stehen²⁾.

Der Staat konnte jedoch an der durch den verlorenen Krieg geschaffenen, anormalen sozialen und wirtschaftlichen Lage nicht achtlos vorübergehen und nahm im Wege der gesetzlichen Regelung auf das soziale und wirtschaftliche Geschehen Einfluß. Zur Wahrung des Gemeinwohls griff er jetzt regulativ in Bereiche ein, die vormals dem freien Spiel der sozialen und wirtschaftlichen Kräfte überlassen waren. Charakteristisch für diese Entwicklung ist die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Wohnungsrechts³⁾, wo der Staat nach dem ersten Weltkrieg die Wohnungsnot zu lindern suchte. Aber nicht nur auf dem Wohnungssektor griff der Staat ein. Nahezu in allen

- 1) Menger a.a.O. S. 18; Forsthoff, Über Ausnahme-Gesetze, S. 222 f., 228; für den Bereich der Wirtschaft vgl. Strauß, Wirtschaftsverfassung und Staatsverfassung, Tübingen 1952, S. 10 f. sowie derselbe, Entwicklung und Probleme usw., S. 4; Hamann, Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, S. 15.
- 2) Die ersten Anfänge staatlicher Intervention liegen freilich weit früher zurück. Dazu gehört insbesondere die Sozialgesetzgebung in der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts unter Bismarck. Auf dem Gebiet der Wirtschaftspolitik gehen die ersten einschneidenden Interventionen auf die Jahre 1878 und 1879 zurück, als Bismarck zum Schutzzoll übergegangen war. (Strauß, Entwicklung und Probleme usw. S. 8).
- 3) Dazu gehört das Mieterschutzgesetz vom 1.6.1923 (RGBl. I S. 353, 618).

wirtschaftlichen und sozialen Bereichen¹⁾ ergingen im Laufe der Zeit Gesetze zur Durchsetzung bestimmter politischer Zielsetzungen.

Nun erhebt sich die Frage, inwieweit derartige Gesetze lediglich Ausdruck politischer Machtverwirklichung sind oder zugleich auch in ihrem rechtlichen Gehalt als Rechtsnormen im klassischen Sinne angesehen werden können.

Hierbei ist zunächst zu beachten, daß der Begriff des Politischen im Hinblick auf den politischen Gehalt einer gesetzlichen Regelung flüssig ist²⁾. In dem zunehmenden Maße wie der Staat beansprucht, auf Wirtschaft und Gesellschaft Einfluß zu nehmen, wächst auch der Bereich des Politischen³⁾. Vorher sich selbst überlassene soziale und wirtschaftliche Prozesse werden nunmehr durch staatliche Interventionen im Sinne

1) z.B. die Einführung des Achtstundentages, die Regelung der Betriebsverfassung, der Personalvertretung usw. Auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts ist vor allem der Erlass der Verordnung gegen Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen vom 2.11. 1923 (RGBl. I S.1067,1090) zu nennen. Für die grundsätzliche Wandlung der Einstellung des Staates zur Wirtschaft ist Art. 151 Abs. 1 der Weimarer Verfassung charakteristisch: "Die Ordnung des Wirtschaftslebens muß den Grundsätzen der Gerechtigkeit mit dem Ziele der Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins für alle entsprechen. In diesen Grenzen ist die wirtschaftliche Freiheit des Einzelnen zu sichern."

2) v.Köhler a.a.O. S. 211; "Was ein politicum ist, bestimmt sich nach wechselnden Lagen und wechselnden Orientierungen; gerade diese Wandelbarkeit und Relativität der politisch zu qualifizierenden Lagen, Werte und Akte macht es ja so schwer, den "Bereich der Regierung" zu definieren." (Wehrhahn, VVDStL, Heft 15, S. 42); Carl Schmitt, Der Begriff des Politischen, S. 25; Scheumer, Der Bereich der Regierung, S. 272 versteht unter Politik eine "schöpferische Entscheidung über die das staatliche Ganze berührenden Ziele und die Erzwingung und Ausübung sozialer Macht zu ihrer Durchsetzung."

3) C. Schmitt, Der Begriff des Politischen, S. 11.

politischer Vorstellungen beeinflusst¹⁾.

Nun brauchen aber politische Zielsetzungen mit Gerechtigkeitspostulaten nicht im Widerspruch zu stehen. Es wird keine Parlamentsmehrheit im modernen, demokratischen Staat geben, die nicht wenigstens glaubt, daß das jeweilige Gesetz zur Wahrung des Gemeinwohls erforderlich und nützlich ist. Das entspricht auch in vielen Fällen der Sachlage, wenngleich sich über das Maß der Dosierung dem sozialen Ausgleich dienender Gesetze sehr oft mit Fug und Recht streiten läßt. Es sei hierbei nur an die Sozial- und Steuergesetzgebung erinnert, wo über den Umfang gerechter Forderungen zwischen den Interessengruppen nur selten ein allseits zufriedenstellendes Einvernehmen zu erzielen ist. Man wird deshalb den Gesetzen, die auf Grund politischer Erwägungen und Zielsetzungen ergehen, einen spezifisch rechtlichen Gehalt nicht absprechen können²⁾.

- 1) Scheuner, Der Bereich der Regierung, S. 257; S. 277: "Zum politischen Bereich zählt im neuzeitlichen Staate in erster Linie die Gesetzgebung. Denn wir leben in einem Gesetzgebungsstaate, der seine Ziele größtenteils in allgemeinen Normen niederlegt."
- 2) "Politische, rechtspolitische und rechtliche Festsetzung gehen bei unseren heutigen Gesetzen eine unlösbare Verbindung ein. Der Versuch, diese beiden Dinge auseinander zu lösen und das eine gegen das andere auszuspielen, ist nach meiner Ansicht unzulässig." (Scheuner, VVStL Heft 15, S. 72) "Der politische Bereich ist nicht dem Recht entgegengesetzt oder entzogen, er weist nur kraft seiner irrationalen und beweglichen Struktur besondere Eigenheiten auf." (Scheuner, Der Bereich der Regierung S. 256, Anm. 7) Scheuner unterscheidet jedoch zwischen Gesetzen, bei denen die rechtsfeststellende Wirkung überwiegt, z.B. die bürgerlich-rechtlichen Normen und solchen, bei denen das politische Element eine beherrschende Rolle spielt; z.B. die wirtschaftspolitischen Gesetze, Sozialisierungen, die Regelung der Mitbestimmung in den Betrieben. (Der Bereich der Regierung, S. 274) vgl. auch Radbruch, Gustav, Das Reichsgericht und die Politik, DRZ 1949, S. 433 (434).

Nun gibt es aber Gesetze, bei denen die Verwirklichung von Gerechtigkeitspostulaten nicht so sehr im Vordergrund steht als die Verfolgung bestimmter Zwecke, die bestimmten politischen Vorstellungen entsprechen. Sie sind als sogenannte Maßnahmegesetze seit einigen Jahren in den Mittelpunkt des rechtswissenschaftlichen Interesses gerückt¹⁾.

d) Maßnahmegesetz und Politik

Während zur Charakterisierung einer Rechtsnorm im klassischen Sinne die Orientierung an dem Maßstabe der Gerechtigkeit hervorgehoben wird²⁾, soll mit dem Maßnahmegesetz ein begrenzter Kreis von Lebenssachverhalten einer rein zweckmäßigen Rechtsfolge unterworfen werden. Es dient einem politischen oder technischen Zweck³⁾, "im Sinne der Bewältigung einer konkreten Schwierigkeit mit situationsgebundenen Mitteln"⁴⁾. Nach Forsthoff, Menger und Ballerstedt ist die Grenze zwischen den Maßnahmegesetzen und den als ihr Gegenteil bezeichneten Normgesetzen dort zu ziehen, wo Carl Schmitt die Grenze zwischen dem Gesetznach Art. 68 WeimVerf und der Maßnahme nach Art. 48 WeimVerf gezogen hat⁵⁾. Hierzu sind nicht die "staatsleitenden Akte", wie Ratifikationsermächtigungen, Haushaltsplan und Kreditermächtigung durch den Bundestag zu zählen, weil "der staatsleitende Akt vorhandene Verfassungsrechtssätze auf einen konkreten Sachverhalt des Verfassungslebens anwendet"⁶⁾,

1) Vgl. die Berichte von Menger und Wehrhahn über das Thema: "Das Gesetz als Norm und Maßnahme", in VVDStL Heft 15, 1957, S. 3 ff. und 35 ff.; E. Forsthoff, Über Maßnahmegesetze, Gedächtnisschrift f. W. Jellinek, S. 221 ff.

2) Menger a.a.O. S. 5; Wehrhahn a.a.O. S. 40; Forsthoff, a.a.O. S. 227.

3) Wehrhahn a.a.O. S. 40.

4) Menger a.a.O. S. 106.

5) Menger a.a.O. S. 6 ff.; Forsthoff a.a.O. S. 224 f.; Ballerstedt, Festschr. f. Schmidt-Rimpler, S. 373, 376, 388.

6) Menger a.a.O. S. 20.

während Maßnahmegesetze positives Recht schaffen. Menger ist der Ansicht, daß Maßnahmegesetze stets entweder Individualgesetze¹⁾ oder Zeitgesetze²⁾ sind³⁾, und daß bei ihnen die *clausula rebus sic stantibus* eine maßgebliche Rolle spiele im Hinblick darauf, daß der durch das Gesetz angestrebte Zweck durch die Zeiteumstände gegenstandslos werden kann. So habe im Falle des Investitionshilfegesetzes die wirtschaftliche Entwicklung in der Bundesrepublik die ursprünglich ungleichen Startbedingungen zwischen der Grund-

- 1) Menger unterscheidet bei den Individualgesetzen Einzelpersonengesetze und Einzelfallgesetze. Zu den Einzelpersonengesetzen rechnet er das preußische Dotationsgesetz v. 28.12.1866 (GS 1867, S. 25), das Gesetz über die Befreiung des Reichspräsidenten Hindenburg von Reichs- und Landessteuern für das Rittergut Neudeck v. 27.8.1933 (RGBl. I S. 595) und aus neuerer Zeit als "getarntes Einzelpersonengesetz" im Hinblick auf die Platow-Affäre § 8 des Straffreiheitsgesetzes v. 17.7.1954 (BGBl. I S. 203); (Menger a.a.O. S. 20). Zu den Einzelfallgesetzen zählt er: Das Gesetz zur Förderung der deutschen Eierwirtschaft v. 31.3.1956 (BGBl. I S. 239); das Gesetz über die Handwerkszählung vom 12.6.1956 (BGBl. I S. 495). In diese Kategorie dürften auch die von Forsthoff als Maßnahmegesetze bezeichneten Gesetze gehören. (Forsthoff, Über Maßnahme-Gesetze, S. 221 ff): Das Gesetz über den Ausgleich bürgerlich-rechtlicher Ansprüche v. 13.12.1934 (RGBl. I S. 1235); das Gesetz zur Änderung und Ergänzung des Grundgesetzes v. 26.3.1954 (BGBl. I S. 45) und das Investitionshilfegesetz v. 7.1.1952 (BGBl. I S. 7), das der Beschaffung eines einmaligen Kredits für die Grundindustrien diene. Außerdem werden dazu auch die Gesetze über Kundenzeitschriften v. 20.8.1953 (BGBl. I S. 939) und v. 15.11.1955 (BGBl. I S. 719) zu rechnen sein. vgl. dazu Strauß, Entwicklung und Probleme usw. S. 13.
- 2) Als Beispiele nennt Menger das Gesetz über Preise für Getreide inländischer Erzeugung f.d. Getreidewirtschaftsjahr 1951/52 v. 21.7.1951 (BGBl. I S. 451) und das Gesetz über eine zeitweilige besondere Regelung der Prüfung der Jahresabschlüsse von Eisenbahnaktiengesellschaften des öffentlichen Verkehrs v. 25.12.1955 (BGBl. I S. 868).
- 3) a.a.O. S. 22.

stoffindustrie und der gewerblichen Wirtschaft ausgeglichen, ohne daß das Gesetz zur vollen Durchführung gelangt sei.¹⁾

Maunz-Dürig machen geltend, daß man besser von einer "Maßnahmegesetzgebung" sprechen sollte und unterscheiden zwischen Anlaßgesetzen, Einzelpersonengesetzen, Einzelfallgesetzen und Zeitgesetzen²⁾.

Es ist jedoch keineswegs so, daß jedes Gesetz, das einen gewollten Zweck verfolgt, ein Maßnahmegesetz ist. Vielmehr verfolgt auch jedes sogenannte Normgesetz einen Zweck³⁾. Scheuner und Merk wenden sich gegen den Begriff des Maßnahmegesetzes, weil er im Vergleich zum Normgesetz keinen Fortschritt bringe. Es liege allenfalls ein Grades- aber kein Wesensunterschied vor⁴⁾.

Es wird auch mit Recht gegen den Begriff des Maßnahmegesetzes eingewendet, daß die Orientierung an der Idee der Gerechtigkeit als ein Merkmal der Unterscheidung zwischen Maßnahmegesetz und Normgesetz unzulässig sei, weil für das Maßnahmegesetz nichts besonderes gegenüber den übrigen Gesetzen gelte. Im Rechtsstaat dürfe es kein Gesetz geben, das nicht an der Gerechtigkeitsidee orientiert ist⁵⁾.

Die Verfassungsmäßigkeit der Maßnahmegesetze wird von der h.M. grundsätzlich bejaht⁶⁾.

1) a.a.O. S. 23

2) Kommentar zum Grundgesetz, Art. 20, Anm. 101 ff.

3) Forsthoff, Über Maßnahme-Gesetze, S. 225; Wehrhahn a.a.O. S. 61; Menger a.a.O. S. 106. Zur Untrennbarkeit von Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit in der Gesetzgebung siehe Herbert Krüger, Festgabe für Smend, S. 235 f.

4) VVDStL, Heft 15, S. 72, 76 und 79

5) Kaiser VVDStL, Heft 15, S. 82

6) vgl. Menger a.a.O. S. 27, 29 mit Hinweis darauf, daß dem Grundgesetz eine klare Funktionstrennung zwischen Gesetzgebung und Verwaltung fremd sei. Ähnlich Scheuner, VVDStL, Heft 15, S. 73; Ule, VVDStL, Heft 15, S. 101; Forsthoff, Über Maßnahme-Gesetze, S. 223, 227, 228. Forsthoff hebt jedoch hervor, daß Maßnahmegesetze einen Einbruch in die von der Gewaltenteilung vorausgesetzte Eigenständigkeit der vollziehenden Gewalt darstellen; Maunz-Dürig, Art. 20, Anm. 97-114; Hamann, Über gestaltende Gesetze, a.a.O. S. 331 ff. in Sozialwiss. Abhandlungen Heft 9

Die Maßnahmegesetze zeigen eine deutliche Verlagerung des staatlichen Gestaltens von der Exekutive auf die Legislative. Wenn sie auch nicht auf eine einheitliche Strukturänderung in der modernen Gesetzgebung zurückzuführen sind, so haben sie doch gemeinsam, daß der Gesetzgeber mit ihnen Funktionen übernimmt, die früher der gestaltenden Verwaltung überlassen worden sind¹⁾. Sie sind fraglos Ausdruck des Bestrebens, die Verwaltung beim Erlaß von Verwaltungsakten möglichst eng an die Konzeption der Legislative zu binden²⁾, ja ihre Eigenart beruht geradezu darauf, daß sie ihre Vollziehung bereits in sich tragen, wobei es auf das jeweilige Gesetz ankommt, mit welcher Intensität die Vollziehung erfolgt³⁾. Daß dadurch die einheitliche Durchführung politischer Maßnahmen gefördert wird, ist nicht zu verkennen. Außerdem ist es angesichts der Vielfalt der Aufgaben, die dem modernen, sich starken wohlfahrtsstaatlichen Tendenzen nicht verschließenden Staat zuwachsen, vielfach nicht möglich, auf eine andere Weise als im Wege der Gesetzgebung die reibungslose Durchführung politischer Maßnahmen zu gewährleisten.

Trotz aller praktischen Schwierigkeiten bei der im Einzelfall vorzunehmenden Unterscheidung zwischen Maßnahmegesetzen und klassischen Gesetzen ist die Herausstellung ihrer Unterschiede von Nutzen, weil die Maßnahmegesetze in Gesetzesform ergangene wirtschaftspolitische Maßnahmen sind. Wenn der Gesetzgeber mit den Maßnahmegesetzen Regelungen trifft, die als wirtschaftspolitische Ermessensentscheidungen anzu-

- 1) Scheuner, VVStL, Heft 15, S. 74: "Das ist in Wahrheit eine mehr administrative als legislatorische Tätigkeit." Maunz-Dürig, Art. 20 Anm. 110: "materiell ein Verwaltungsakt."
- 2) Imboden S. 39.
- 3) Hamann, Über gestaltende Gesetze, a.a.O. S. 332 in Sozialwissenschaftliche Abhandlungen, Heft 9.

sehen sind¹⁾, dann ist die Fragestellung berechtigt, ob nicht insoweit bei der Prüfung der rechtlichen Zulässigkeit von Maßnahmegesetzen einerseits und wirtschaftspolitischen Entscheidungen der Verwaltungsbehörden andererseits die gleichen Maßstäbe zu gelten haben, und damit eine Grenzziehung zwischen wirtschaftspolitisch nicht überprüfbaren und rechtlich kontrollierbaren Entscheidungen der Kartellbehörden bei der Anwendung des GWB ermöglichen.

e) Die gerichtliche Überprüfung von Maßnahmegesetzen.

Für den Richter stellt sich die Frage, inwieweit die Maßnahmegesetze der gerichtlichen Nachprüfung zugänglich sind. Hierfür eröffnet sich in der Bundesrepublik nur der Weg über die Verfassungsgerichtsbarkeit²⁾. Schranken sind dem Gesetzgeber in erster Linie in den Grundrechten gesetzt. Der Kompetenz-Katalog der Bundesgesetzgebung (Art. 72 ff. GG), die Regelungen über das Finanzwesen (Art. 105 ff.), die Rechtsprechung (Art. 92 ff.) und die Verwaltung (Art. 83 ff. GG) erfordern ebenso wie die Bestimmungen über den Bund und die Länder (Art. 20 ff. GG) in gleicher Weise Beachtung. Aber auch soziale Bindungen (z.B. in Art. 2, 9, 14 GG) und das Sozialstaatsprinzip (Art. 20, 28) spielen eine gewichtige Rolle.

Gesetze, die - wie die Maßnahmegesetze - inhaltlich einem Einzelakt näher kommen als einer generellen Norm, müssen darüber hinaus auch nach den Maßstäben gemessen werden, die im Verwaltungsrecht bei der Überprüfung von Einzelakten angelegt werden. Maßnahmegesetze sind der Ausdruck eines gesetzgeberischen Ermessens und unterliegen daher bei der verfassungs-

- 1) Forsthoff, Über Maßnahme-Gesetze, S. 233: "Deshalb ist es auch möglich und zulässig, in dem Maßnahmegesetz den Ausdruck eines gesetzgeberischen Ermessens zu erkennen."
- 2) Forsthoff, Über Maßnahme-Gesetze, S. 229; es wurde aber auch schon der Vorschlag gemacht, die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte in der Zukunft zu begründen; vgl. Schätzel, VVStL, Heft 15, S. 96.

gerichtlichen Überprüfung den gleichen Schranken, welche die Rechtsprechung für die Ermessensentscheidungen der Verwaltungsbehörden aufgestellt haben. Dazu gehören die Maßstäbe der Erforderlichkeit, der Geeignetheit, der Verhältnismäßigkeit und die Wahl des mildesten Mittels^{1) 2)}.

Innerhalb dieses Rahmens ist der Gesetzgeber jedoch frei, Normen nach seinem Ermessen zu schaffen. Für die Maßnahmegesetze bedeutet das, daß der Gesetzgeber in der Wahl seiner durch Maßnahmegesetze verfolgten Zwecke nur durch verfassungsrechtliche ZweckwahrungsgGebote gebunden ist³⁾.

Es ist Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts, dem Gesetzgeber die Schranken seiner politischen Entscheidungsbefugnis aufzuzeigen und ein Gesetz gegebenenfalls für verfassungswidrig zu erklären.

- 1) Maunz-Dürig, Art. 20, Anm. 114 sind der Auffassung, daß diese Maßstäbe aus dem Prinzip des sozialen Rechtsstaates oder aus Art. 19 II GG oder aus ähnlichen Prinzipien des Grundgesetzes herzuleiten seien; vgl. hierzu auch Scheuner, Die staatliche Intervention usw. S. 55 ff.
- 2) Forsthoff, Über Maßnahme-Gesetze, S. 234 meint, daß die verfassungsgerichtliche Normenkontrolle bei Maßnahmegesetzen sich der verwaltungsgerichtlichen Überprüfung der Verwaltungsakte in hohem Maße annähere. Er will die Verfassungsmäßigkeit der Maßnahmegesetze folgendermaßen prüfen (a.a.O. S. 235): 1) Prüfung, ob das erkennbare Ziel des Maßnahmegesetzes mit dem Grundgesetz vereinbar ist. 2) Prüfung, ob die zur Erreichung dieses Zweckes ergriffenen Mittel mit der Verfassung vereinbar sind. 3) Es ist dem Staate verwehrt, in die Individualsphäre einzugreifen, wenn dieser Eingriff nicht durch das öffentliche Interesse geboten ist und in der Art, wie er erfolgt, diesem öffentlichen Interesse auch wirklich dienlich ist. 4) Das gleiche gilt für Eingriffe, die übermäßig sind; also weiter gehen, als notwendig ist. 5) Prüfung, ob der Eingriff objektiv ungeeignet ist. Vgl. auch Urt. d. BVerfG v. 3. Juni 1954, Bd. 3, S. 384 ff. (Grundsatz der Verhältnismäßigkeit von Zweck und Mittel in der Gesetzgebung).
- 3) Wehrhahn a.a.O. S. 65.

Diese Fälle sind jedoch selten. Aus den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts ist zu ersehen¹⁾, daß es dem Bundesgesetzgeber in dem vom Grundgesetz gegebenen Rahmen einen weiten Ermessensraum für die Verwirklichung staatlicher Aufgaben einräumt, der gerichtlicher Kontrolle nicht unterliegt.

f) Der Rahmen zulässiger wirtschaftspolitischer Entscheidungen in § 70 IV S. 2 GWB

Wenn die Maßnahmegesetze dahingehend charakterisiert werden, daß sie einem politischen oder technischen Zweck im Sinne der Bewältigung einer konkreten Schwierigkeit mit situationsgebundenen Mitteln dienen²⁾, so gilt das gleiche auch für wirtschaftspolitische Maßnahmen der Kartellbehörden. Maßnahmegesetz und wirtschaftspolitische Maßnahme im Rahmen des § 70 IV S. 2 GWB unterscheiden sich lediglich in der Form, indem die durch das Maßnahmegesetz in Angriff genommene wirtschaftspolitische Maßnahme in Gesetzesform ergangen ist, während die wirtschaftspolitische Maßnahme der Kartellbehörde im Wege des Verwaltungsaktes durchgesetzt wird. Worin soll beispielsweise der sachliche Unterschied liegen zwischen dem Investitionshilfegesetz v. 7.1.1952 (BGBl. I S. 7), das der Beschaffung eines einmaligen Kredits für die Grundindustrien diene, und dem Kohle-Öl-Kartell v. 17.2.1959 (WuW 1959, S. 185), das zur Sanierung des Kohlenbergbaus nach § 8 Abs. 1 GWB durch den Bundeswirtschaftsminister genehmigt wurde³⁾? Es käme auch

1) BVerfG v. 23.10.1951, BVerfGE Bd. 1, S. 50; v. 30.1.1953, BVerfGE Bd. 2, S. 118; v. 20.7.1954, WuW 1954, S. 1235 (1236).

2) Vgl. S. 138.

3) Der Charakter des Kohle-Öl-Kartells als wirtschaftspolitischer Maßnahme wird nicht dadurch beeinträchtigt, daß es fraglich ist, ob die Kartell-erlaubnis auf einer gesamtwirtschaftlichen Verständigung beruhte; vgl. hierzu die Ausführungen auf S. 195 ff.

auf das gleiche hinaus, wenn die Getreidepreise nicht jährlich durch das Getreidegesetz festgesetzt würden, sondern die Getreidehändler durch ein Kartell sich zur Einhaltung bestimmter Preise verpflichteten. Daß die Durchsetzung und Einhaltung bestimmter Preise im Falle des Preiskartells möglicherweise nicht in gleichem Maße gewährleistet wäre wie durch das Getreidegesetz, ändert nichts an der Tatsache, daß die Erreichung desselben wirtschaftspolitischen Zieles auf beiden Wegen möglich ist.

Das Bundeskartellamt hat bei der Anwendung des Begriffs "Interesse der Allgemeinheit", der in § 5 Abs. 3 GWB als Tatbestandsvoraussetzung für die Genehmigung eines Rationalisierungskartells aufgestellt ist und wohl stets eine gesamtwirtschaftliche Würdigung im Sinne von § 70 IV S. 2 GWB erfordert, in mehreren Fällen die Hebung der Leistungsfähigkeit von Unternehmen in den Vordergrund seiner gesamtwirtschaftlichen, wirtschaftspolitischen Überlegungen gestellt¹⁾. Der gleiche wirtschaftliche Erfolg hätte ebenso gut dadurch angestrebt werden können, daß der Gesetzgeber den betreffenden Unternehmen Steuererleichterungen oder Subventionen gewährt hätte.

Da der Rahmen zulässiger wirtschaftspolitischer Entscheidungen der Kartellbehörden in keinem Falle größer sein kann, als es dem Gesetzgeber durch die Verfassung gestattet ist, wirtschaftspolitische Maßnahmen zu ergreifen, kann deshalb gesagt werden, daß wirtschaftspolitische Maßnahmen der Kartellbehörden im Rahmen des § 70 IV S. 2 GWB zumindest insoweit

1) Beschl. des BKartA v. 20.Dez.1960, WuW/E BKartA S. 292 (300); v. 21.März 1960, WuW/E BKartA S. 162 (170); v. 23.Aug.1960, WuW/EBKartA S. 241 (249).

gerichtlich nachprüfbar sind, als Maßnahmegesetze der verfassungsgerichtlichen Überprüfung unterliegen. Für die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer wirtschaftspolitischen Maßnahme kann es nicht darauf ankommen, ob sie als Maßnahmegesetz oder im Rahmen von § 70 IV S. 2 GWB ergeht. Da es sich jedoch im Rahmen von § 70 IV S. 2 GWB nicht um die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes, sondern einer konkreten Verwaltungsmaßnahme handelt, ist nicht das Bundesverfassungsgericht, sondern die ordentlichen Gerichte sind zur Kontrolle für die Einhaltung der Verfassungsgrenzen zuständig.

Wennsomit sowohl bei den Maßnahmegesetzen als auch bei den wirtschaftspolitischen Maßnahmen gem. § 70 IV S. 2 GWB bei der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit einer konkreten wirtschaftspolitischen Maßnahme mit den Maßstäben der Erforderlichkeit, der Geeignetheit, der Verhältnismäßigkeit und der Wahl des mildesten Mittels die gleichen Maßstäbe herangezogen werden, wie sie bei der Prüfung von Ermessensfehlern von Verwaltungsakten der Verwaltungsbehörden angewendet werden, so ist die Tatsache, daß es sich um eine Ermessenskontrolle im Rahmen der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit handelt, von erheblicher Bedeutung, weil der durch die Verfassung gegebene Rahmen wesentlich größer ist als derjenige einer Ermessensermächtigung, deren Umfang durch gesetzliche Tatbestandsmerkmale bereits eingeschränkt ist. Um eine gerichtliche Kontrolle des wirtschaftspolitischen Ermessens zu gewährleisten, muß aber gleichzeitig gefordert werden, daß die Kartellbehörden ihre wirtschaftspolitischen Maßnahmen so ausführlich begründen, daß sie in ihrer Zweckrichtung erkennbar sind. Gerichtliche Nachprüfung ist nur bei erkennbaren Zwecken möglich¹⁾.

1) Vgl. Menger, Anm. zum Urt. des BVerwG v. 17.2. 1957, DVBl. 1957, S. 684 und die Ausführungen auf S. 123.

V i e r t e r T e i l

VERFASSUNGSRECHTLICHE FRAGEN

I. Vorbemerkung

Mit der Feststellung, daß die Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung wegen der Eigenart der wirtschaftspolitischen Wertung, der steten Wandlungen unterworfenen, kaum zu fixierenden Bewertungsgrundlage und der damit verbundenen Untrennbarkeit von Tat- und Rechtsfrage in jedem Falle ein Ermessen der Kartellbehörde erfordert¹⁾, stellt sich die Frage, ob eine solche Gesetzesbestimmung mit dem Grundgesetz im Einklang steht oder nicht. Diese Fragestellung ist umso mehr geboten, als unbestimmte Begriffe wie "Gesamtwirtschaft und Gemeinwohl", "unmittelbare Gefahr für den Bestand des überwiegenden Teils der Unternehmen eines Wirtschaftszweiges" (§ 8 GWB), "Interesse der Allgemeinheit" (§ 5 Abs. 3 GWB), deren Anwendung wohl stets eine gesamtwirtschaftliche, wirtschaftspolitische Würdigung einschließt, zu Tatbestandsvoraussetzungen für die Erteilung einer Kartellerlaubnis gemacht wurden. Soweit im gesetzlichen Tatbestand bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe eine gesamtwirtschaftliche Würdigung erforderlich ist, bestimmt deshalb die Kartellbehörde ihre Handlungsvoraussetzungen nach eigenem, gerichtlich nicht nachprüfbarem Ermessen.

Hiergegen bestehen grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedenken, soweit die Kartellbehörden Eingriffe in die Vermögens- und Freiheitssphäre des Staatsbürgers vornehmen. Solche Eingriffe nehmen die Kartellbehörden nicht nur dann vor, wenn sie im Wege der Mißbrauchsaufsicht tätig werden, sondern die Erteilung einer Kartellerlaubnis kann schon einen

1) Vgl. die Ausführungen auf S. 122.

unzulässigen Eingriff darstellen, wenn durch ein Kartell die Wettbewerbslage von Marktbeteiligten verschlechtert wird. Für das nicht erlaubnis-, aber anmeldepflichtige Rabattkartell hat der Gesetzgeber ausdrücklich die Regelung in § 3 Abs. 3 Nr. 3 GWB getroffen, daß die Kartellbehörde der Anmeldung eines Kartells zu widersprechen hat, wenn Marktbeteiligte innerhalb eines Monats nach Bekanntmachung der Anmeldung nachweisen, daß sie durch den Vertrag oder Beschluß ungerechtfertigt unterschiedlich behandelt werden. Außerdem ist in § 51 Abs. 2 Nr. 4 GWB bestimmt, daß Personen und Personenvereinigungen, deren Interessen durch die Entscheidung der Kartellbehörde erheblich berührt werden, auf ihren Antrag von der Kartellbehörde zu einem eingeleiteten Verfahren beige- laden werden können. Damit sind jedoch die ver- fassungsrechtlichen Bedenken gegen § 70 IV S. 2 GWB noch nicht beseitigt.

II. Die Erfordernisse rechtssetzmäßiger Bindung der Eingriffsverwaltung

a) Rechtsstaat und unbestimmte Rechtsbegriffe

Nach Art. 20 III GG ist die Gesetzgebung an die ver- fassungsmäßige Ordnung und die vollziehende Gewalt an Gesetz und Recht gebunden. Jeder Eingriff des Staa- tes in Rechte des Staatsbürgers muß in hinreichendem Maße gesetzlich festgelegt und umgrenzt sein, um dem Staatsbürger Gelegenheit zu geben, auf Grund der in Art. 19 IV GG gewährleisteten Rechtsweggarantie gerichtlichen Schutz in Anspruch nehmen zu können. Die Meßbarkeit und Voraussehbarkeit der staatlichen Machtausübung ist somit geltendes Verfassungsrecht, das allein die in einem Rechtsstaat unabdingbare Rechtssicherheit verbürgt. (Prinzip der Gesetzesmä-

Sigkeit der Verwaltung)¹⁾.

Der Forderung nach rechtssatzmäßiger Bindung trägt das **BWB** zumindest insoweit Rechnung, als die Voraussetzungen für das Tätigwerden der Kartellbehörde durch den jeweiligen gesetzlichen Tatbestand festgelegt sind. Diese rein formale Betrachtungsweise genügt jedoch nicht. Es muß darüber hinaus untersucht werden, ob die Handlungsvoraussetzungen der Kartellbehörde in so hinreichendem Maße festgelegt und umgrenzt sind, daß sie mit rechtsstaatlichen Grundsätzen vereinbart werden können. Sofern die Handlungsvoraussetzungen genügend bestimmt sind, ist das der Kartellbehörde im Rechtsfolgeteil zugebilligte Ermessen verfassungsrechtlich unbedenklich²⁾.

Ein Blick auf die Rechtsprechung lehrt uns, daß die durch die Verfassung gebotene, rechtssatzmäßige Bindung der Verwaltung keineswegs so weit geht, daß der Verwaltung bei der Gesetzesanwendung keinerlei Spielraum mehr übrig bleiben darf. "Unbestimmte Rechtsbegriffe werden im Verwaltungsrecht grundsätzlich unangefochten angewandt"³⁾. Das BVerfG führt im Beschluß vom 12. November 1958, BVerfGE Bd. 8, S. 274 (325) hierzu folgendes aus: "Die Grundsätze des Rechtsstaates fordern, daß auch Ermächtigungen der Exekutive zur Vor-
nahme belastender Verwaltungsakte durch das ermächtigende Gesetz nach Inhalt, Gegenstand, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmt und begrenzt sind, so daß die Eingriffe meßbar und in gewissem Umfang für den

- 1) Soweit die Verwaltung Leistungen gewährt, besteht kein absoluter Vorbehalt des Gesetzes, jedoch stets der Vorrang des Gesetzes; vgl. hierzu Jesch, ArchöR, Bd. 82 (1957), S. 246; Maunz-Dürig, Art. 20, Anm. 129 ff.
- 2) Das ist ganz herrschende Meinung, vgl. Maunz-Dürig, Art. 20 Anm. 91.
- 3) BVerwG, Urt. v. 20. Juni 1958, BVerwGE Bd. 7, S. 114, (121).

Staatsbürger voraussehbar und berechenbar werden." Das BVerfG betont a.a.O. S. 326 ausdrücklich, daß diese Grundsätze es dem Gesetzgeber nicht verwehren, "in gewissem Umfang Generalklauseln und unbestimmte Begriffe zu verwenden. Sie machen es auch nicht unmöglich, den Verwaltungsbehörden einen gewissen Ermessensspielraum einzuräumen. Die Vielheit der Verwaltungsaufgaben läßt sich nicht immer in klar umrissene Begriffe einfangen. Das gilt insbesondere für Eingriffsermächtigungen im Bereich der Wirtschaftsverwaltung. In diesem Bereich wird der Gesetzgeber nicht ohne Generalklauseln auskommen können. Er wird sich abstrakter und unbestimmter Formulierungen bedienen müssen, um die Verwaltungsbehörden in die Lage zu versetzen, ihren Aufgaben, den besonderen Umständen des einzelnen Falles und den schnell wechselnden Situationen des wirtschaftlichen Lebens gerecht zu werden."

Es genügt also, daß die Begriffe "in gewissem Umfang" für den Staatsbürger voraussehbar und berechenbar sind. Von besonderer Bedeutung ist im Beschluß vom 12. November 1958, daß das BVerfG für den Bereich des Wirtschaftsverwaltungsrechts wegen der besonderen Umstände des einzelnen Falles und den schnell wechselnden Situationen des wirtschaftlichen Lebens die Verwendung von Generalklauseln und unbestimmten Begriffen als von der Sache her geboten ansieht und ausdrücklich den Verwaltungsbehörden einen gewissen Ermessensspielraum bei der Anwendung dieser Begriffe einräumt. Das BVerfG sieht darin weder einen Verstoß gegen den Grundsatz der Gesetzesmäßigkeit der Verwaltung noch gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung und auch nicht gegen die rechtsstaatliche Forderung nach möglichst lückenlosem gerichtlichem Schutz gegen die Verletzung der Rechtssphäre des Staatsbürgers durch Eingriffe der öffentlichen Gewalt, wie er heute

durch Art. 19 Abs. 4 GG gewährleistet ist.

Bei der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der unbestimmten Rechtsbegriffe und Generalklauseln in den gesetzlichen Tatbeständen des GWB dürfen sicherlich nicht strengere Maßstäbe angelegt werden, als es das BVerfG für gesetzliche Tatbestände im Wirtschaftsverwaltungsrecht getan hat. Soweit die Kartellbehörden wirtschaftspolitische Entscheidungen im Rahmen des GWB treffen, werden sie auf dem Gebiet des Wirtschaftsverwaltungsrechts tätig¹⁾, so daß aus der Tatsache allein, daß ein Ermessensspielraum bei der Anwendung unbestimmter Begriffe durch § 70 IV S. 2 GWB eingeräumt ist, die Verfassungswidrigkeit dieser Bestimmung nicht hergeleitet werden kann.

Die Verfassungswidrigkeit von § 70 IV S. 2 GWB könnte deshalb nur daraus folgen, daß der Ermessensspielraum der Kartellbehörden bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe zu groß ist.

b) Die Antinomie zwischen rechtsstaatlichen Grundsätzen und wirtschaftspolitischen Notwendigkeiten

So hat Ule²⁾ wegen des zu großen, gerichtlich nicht nachprüfbaren Ermessensspielraumes die Vereinbarkeit der Einschränkung der gerichtlichen Nachprüfung in Art. 33 Abs. 1 Satz 2 des Montanunionvertrages mit deutschem Verfassungsrecht angezweifelt, wo es entsprechend der in § 70 IV S. 2 GWB getroffenen Regelung heißt, daß die Nachprüfung durch den Gerichtshof sich nicht auf die Würdigung der aus den wirtschaftlichen Tatsachen oder Umständen sich ergebenden Ge-

1) Vgl. die Ausführungen auf S. 8.

2) Verwaltungsgerichte überstaatlicher und internationaler Organisationen, DVBl. 1953, S. 491 ff.

samtlage erstrecken darf. Ule verkennt jedoch nicht, daß hier "die Frage der Einschränkung der verwaltungsgerichtlichen Nachprüfung gerade für das Wirtschaftsverwaltungsrecht aufgeworfen wird"¹⁾ und die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Wirtschaftsverwaltungsrecht sachlichen Bedürfnissen entspricht. Ihm kann insoweit voll und ganz zugestimmt werden, wenn er dazu folgendes ausführt:

"Wirtschaftsverwaltungsakte können der Verwirklichung eines Wirtschaftsplanes oder der Ausführung einer bestimmten Wirtschaftspolitik dienen. Beides entzieht sich der auf Dauer angelegten festen gesetzlichen Regelung. Denn ein Wirtschaftsplan kann immer nur für einen begrenzten Zeitraum aufgestellt werden, und die Wirtschaftspolitik muß sich den Veränderungen anpassen, denen die politischen, sozialen und wirtschaftlichen Verhältnisse ausgesetzt sind. Eine allzu enge Bindung der Wirtschaftsverwaltungsbehörden an feste Tatbestände und bestimmte Rechtsbegriffe verbietet sich deshalb in gewissen Fällen von selbst. Daher ist es verständlich, daß der Vertrag der Montangemeinschaft in wirtschaftspolitisch besonders bedeutsamen Fällen die Hohe Behörde nicht an feste Tatbestände gebunden, sondern durch unbestimmte Rechtsbegriffe in ihrer Gestaltungsfreiheit beschränkt hat. Die unbeschränkte gerichtliche Nachprüfung von Maßnahmen der Hohen Behörde in diesen Fällen müßte dazu führen, daß sich die maßgebliche Beurteilung einer bestimmten Situation unter wirtschaftspolitischen Gesichtspunkten aus der Hand der Hohen Behörde und der anderen beteiligten Organe ... auf den Gerichtshof verlagerte. Denn was ein unbestimmter Rechtsbegriff im Einzelfall bedeutet, ist weitgehend von einem Werturteil abhängig. Erst in

1) a.a.O. S. 497.

der Entscheidung des Einzelfalles vollzieht sich die Bestimmung eines unbestimmten Rechtsbegriffs. Anders ausgedrückt: Das Blankettgesetz, das der unbestimmte Rechtsbegriff darstellt, wird erst durch das gerichtliche Urteil ausgefüllt. Mit ihm trifft der Richter deshalb stets und im wesentlichen nicht eine rechtologische, sondern eine rechtspolitische Entscheidung; er entscheidet damit in Wahrheit eine Frage, die eigentlich der Gesetzgeber hätte entscheiden müssen, wenn er dazu imstande gewesen wäre, den unbestimmten Rechtsbegriff näher zu bestimmen. Es scheint hier also eine echte Antinomie zwischen rechtsstaatlichen Grundsätzen und wirtschaftsrechtlichen Notwendigkeiten vorzuliegen. Da es kaum angebracht sein dürfte, dem - politisch unverantwortlichen - Richter die Herrschaft über die wirtschaftliche Entwicklung einzuräumen, wird wohl keine andere Möglichkeit in Betracht kommen als der Weg, den der Vertrag über die Montagnegemeinschaft in diesen Fällen eingeschlagen hat und der in der Einschränkung der Richtermacht zugunsten der Verwaltung besteht¹⁾.

Die "Antinomie zwischen rechtsstaatlichen Grundsätzen und wirtschaftsrechtlichen Notwendigkeiten" ist in der Tat das Problem, das sich bei der Frage der Verfassungsmäßigkeit der "wirtschaftspolitischen Notwendigkeit" von § 70 IV S. 2 GWB stellt²⁾. Wir haben bei der Analyse des Begriffs der Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung gesehen, daß er schon seiner Struktur nach rechtliche Maßstäbe für seine Anwendung nur in weiten Grenzen zu geben vermag³⁾. Die Grenzen der gesamtwirtschaftlichen Wür-

1) a.a.O.S. 497.

2) v. Köhler, DÖV 1960, S. 212 meint, "daß ein Kompromiß zwischen der Lehre von der Gewaltenteilung, dem Rechtsverweigerungsverbot und der Unvollkommenheit der Gesetze gefunden werden muß."

3) Vgl. die Ausführungen auf S. 119 ff.

digung festzulegen, dürfte dagegen keine größeren Schwierigkeiten für die Gerichte bedeuten als die Festlegung der Ermessensgrenzen, wie sie bei der gerichtlichen Kontrolle von Ermessensentscheidungen der Verwaltungsbehörden im Wege der Auslegung durch die Gerichte täglich vorgenommen wird.

Soll nun der Gesetzgeber resignieren und von dem Erlaß gesetzlicher Bestimmungen - wie derjenigen von § 7o IV S. 2 GWB - aus rechtsstaatlichen Erwägungen heraus verzichten, oder gibt es übergeordnete öffentliche Interessen, die eine solche Regelung noch als zulässig erscheinen lassen?

c) Die Bedeutung des ausdrücklichen Ausschlusses der gerichtlichen Nachprüfung in § 7o IV S. 2 GWB

Um der Lösung dieses Problems näher zu kommen, soll zunächst einmal geprüft werden, wie die verfassungsrechtliche Lage sich darstellen würde, wenn die in § 7o IV S. 2 GWB getroffene gesetzliche Regelung nicht vorhanden wäre.

Es ist grundsätzlich davon auszugehen, daß die in den gesetzlichen Tatbeständen des GWB enthaltenen unbestimmten Rechtsbegriffe der unbeschränkten gerichtlichen Nachprüfung unterliegen. Da sich aber bei näherer Betrachtung einzelner unbestimmter Rechtsbegriffe wie "Interesse der Allgemeinheit", "Gesamtwirtschaft und Gemeinwohl" herausstellt, daß es sich um Wertbegriffe handelt, deren gerichtliche Nachprüfung wegen der kaum fixierbaren Bewertungsgrundlage und der damit verbundenen Untrennbarkeit von Tat- und

Rechtsfrage¹⁾ ohnehin nur in einem sehr beschränkten Umfang möglich ist, müßte den Kartellbehörden insoweit ein gerichtlich unüberprüfbarer "Beurteilungsspielraum" bei der Anwendung dieser Begriffe eingeräumt werden. Es bleibt dann nur zu klären, ob der Gesetzgeber in § 70 IV S. 2 GWB einen weitergehenden Ausschluß der gerichtlichen Nachprüfung im Auge gehabt hat, als die Lehre vom "Beurteilungsspielraum" den Kartellbehörden ohnehin zugestehen würde. Ist das nicht der Fall, dann würde der in § 70 IV S. 2 GWB getroffenen Regelung lediglich deklaratorische Bedeutung zukommen.

Ein "Beurteilungsspielraum" soll nach der von Bachof entwickelten Lehre immer dann der Verwaltung eingeräumt werden, wenn die Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs der rechtsanwendenden Behörde einen Spielraum bei der Sachverhaltsbeurteilung offen läßt. "Tatbestandsmäßige Voraussetzung des Verwaltungshandelns ist dann eben nicht, daß eine Tatsache einem Wertbegriff wirklich unterfällt, sondern nur, daß sie von der Behörde bei verständiger Würdigung als diesem Begriff unterfallend angesehen werden darf."²⁾ Bachof hebt hervor, daß in den Fällen, wenn der Gesetzgeber einen auf subjektive Wertvorstellungen gegründeten Wertbegriff verwendet, eine volle gerichtliche Überprüfung nur dazu führen könnte, daß das überprüfende Gericht seine nicht weniger subjektiven Wertvorstellungen an die Stelle der Verwaltungsbehörde und auch derjenigen der gerichtlichen Vorinstanzen setzen müßte, wodurch eine außerordentliche Unsicher-

1) Vgl. die Ausführungen auf S. 100 ff.

2) Bachof, JZ 1955, S. 100 und S. 31 dieser Arbeit.

heit in das Verfahren getragen werde und niemandem gedient sei. In Übereinstimmung mit Bachof¹⁾ können wir sagen, daß es bei der Anwendung des Begriffs der Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung darauf ankommt, "ob und inwieweit die angesprochenen Wertvorstellungen überhaupt soweit objektivierbar sind, daß sie nur eine einzige richtige Entscheidung als möglich erscheinen lassen." Eine solche Möglichkeit ist aber bei der wirtschaftspolitischen Würdigung im Rahmen des § 7o IV S. 2 GWB für jeden Fall ausgeschlossen²⁾.

Der Ausschluß der vom Gesetzgeber angesprochenen wirtschaftspolitischen Würdigung ergibt sich somit nicht nur aus der Forderung, daß die Gerichte keine Wirtschaftspolitik betreiben dürfen, sondern ist in erster Linie³⁾ durch die Tatsache der Struktur des Begriffs der Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung bedingt. Rechtliche Nachprüfung erfordert stets objektive Maßstäbe. Da solche Maßstäbe bei wirtschaftspolitischen Entscheidungen in weiten Grenzen nicht erkennbar sind, verbietet sich eine gerichtliche Nachprüfung von selbst, ohne daß es einer ausdrücklichen Hervorhebung in § 7o IV S. 2 GWB bedurft hätte⁴⁾. Aufgabe der Gerichte kann es nur

1) JZ 1955, S. 1o2; vgl. W. Jellinek, GGZ S. 196: "Der wesentliche Kern der Rechtsprechung liegt in der Gebundenheit gegenüber dem gesetzgeberischen Gedanken, und diese Gebundenheit fehlt bei der Handhabung einer Norm, die nur auf die subjektive Anschauung des Urteilenden verweist."

2) Vgl. die Ausführungen auf S. 122.

3) Die Tatsache, daß die Gerichte keine politischen Entscheidungen zu treffen haben, würde m.E. den Ausschluß der gerichtlichen Nachprüfung kaum allein rechtfertigen, weil Recht und Politik sich nicht einander ausschließen und die wirtschaftspolitische Würdigung, soweit sie nicht auf gesamtwirtschaftlichen Erwägungen beruht, wegen § 7o IV S. 1 GWB ohnehin der gerichtlichen Nachprüfung unterliegt; vgl. v. Köhler, DÖV 196o, S. 21o (211).

4) Ebenso v. Köhler a.a.O. S. 214; Würdinger, WuW 1958, S. 4o6; Zweigert, DVB. 1958, S. 786.

sein, das Vorliegen der von der Kartellbehörde ihrer wirtschaftspolitischen Würdigung zugrunde gelegten Tatsachen zu prüfen und zu kontrollieren, ob die von der Kartellbehörde im Rahmen der Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs vorgenommene gesamtwirtschaftliche, wirtschaftspolitische Würdigung von dem in Frage stehenden Rechtsbegriff noch erfaßt wird. Insoweit hat das Gericht eine Rechtskontrolle vorzunehmen, als es für die Einhaltung der Grenzen dieses Ermessensraumes zu sorgen hat¹⁾.

d) Die sachbedingte Notwendigkeit von § 70 IV S. 2 GWB

Können somit allein aus der Tatsache, daß der Gesetzgeber den Ausschluß der gerichtlichen Nachprüfung in § 70 IV S. 2 GWB ausgesprochen hat, keine verfassungsrechtlichen Bedenken hergeleitet werden, weil sich der Ausschluß der gerichtlichen Nachprüfung bereits aus der Struktur der gesamtwirtschaftlichen Würdigung ergibt, so bleibt immer noch offen, ob der Gesetzgeber Begriffe verwenden durfte, die wegen ihrer Unbestimmtheit eine gerichtliche Nachprüfung nur in einem eng begrenzten Rahmen zulassen.

Hier ist die Frage nach der sachbedingten Notwendigkeit einer solchen Verfahrensweise des Gesetzgebers zu stellen²⁾. Sie kann nur von der im GWB getroffenen wirtschaftsverfassungsrechtlichen Grundentscheidung des Gesetzgebers zur Wettbewerbsfreiheit beantwortet werden. Das GWB enthält aber nicht

1) Wegen der sog. "Vertretbarkeitskontrolle" vgl. Ehmke a.a.O. S. 49 ff.; Haas, MdR 1953, S. 651 (653); Redding, DÖV 1954, S. 365 (367); Pietzonka, NJW 1954, S. 1865 (1866); Meyer, DÖV 1954, S. 368 (370); Less, DÖV 1957, S. 418 (424).

2) Vgl. Bachof, JZ 1955, S. 102; Menger, DVBl. 1960, S. 297 (300).

nur das Bekenntnis zum freien Wettbewerb, sondern auch eine beachtliche Anzahl von Durchbrechungen dieses Prinzips. Der Katalog erlaubnisfähiger Kartelle und der in § 98 ff. GWB geregelten Ausnahmen läßt hinsichtlich der Durchbrechungen und Ausnahmen eine einheitliche wirtschaftspolitische Linie nur in grobem Umrissen zu, weil die wirtschaftspolitisch völlig verschieden zu beurteilenden Teilbereiche der Wirtschaft für die mit den jeweiligen wirtschaftspolitischen Maßnahmen angestrebten Ziele grundverschiedene Wege und Mittel verlangen. Hinzu kommt, daß der Organismus der Wirtschaft fortwährenden Änderungen unterworfen ist und damit ein zusätzliches, dynamisches Element in die bestehenden Wettbewerbsverhältnisse hineingetragen wird.

Es erscheint unmöglich, dem Gesetzgeber hier einen anderen Weg zu weisen, als er mit dem GWB beschritten hat. Die Kartellbehörde hat bei der Vornahme wirtschaftspolitischer Maßnahmen ja nicht nur Teilbereiche der Wirtschaft zu berücksichtigen, die durchaus einer ins einzelne gehenden, gesetzlichen Regelung zugänglich sein können. Das hat die umfangreiche Gesetzgebung auf dem Gebiet des Wirtschaftsverwaltungsrechts gezeigt. Das Ineinanderfließen zahlreicher wirtschaftlicher Prozesse und die in jedem Wirtschaftszweig nach ihren eigenen Gesetzen ablaufende Konjunktur macht es dagegen unmöglich, eine einheitliche, bis ins einzelne gehende wirtschaftspolitische Konzeption zu entwerfen, die als unabänderlich fixiert und gerichtlich nachgeprüft werden könnte.

Wollte man deshalb dem Gesetzgeber das Recht verwehren, in einem die Verfassung der Gesamtwirtschaft maßgeblich konstituierenden Gesetz der Exekutive einen Spielraum zur Korrektur wirtschaftlicher Fehlent-

wicklungen und zur Förderung des wirtschaftlichen Aufschwungs zu überlassen, so würde der dem Gemeinwohl dadurch entstehende Schaden bei weitem größer sein als diejenigen Nachteile, die durch das Fehlen einer in jedem Falle meßbaren rechtssatzmäßigen Bindung der Staatsbürger durch Eingriffe der Kartellbehörde zu befürchten hat. Das öffentliche Interesse an einer elastischen Handhabung des GWB ist hier bei weitem größer als die Rechtsbeeinträchtigung, die der Staatsbürger möglicherweise zu gewärtigen hat. Ein gewisses Maß an Bevorzugungen und Benachteiligungen zur Anpassung an die besonderen Bedingungen einer Lage darf auch von den Unternehmern erwartet werden¹⁾.

Im Rahmen der Einhaltung eines nach rechtsstaatlichen Grundsätzen geordneten Verfahrens, der Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeit, Geeignetheit, Erforderlichkeit, des von den Kartellbehörden angewendeten Mittels und der Beachtung des Gleichheitssatzes läßt sich bei gesetzlichen Tatbeständen mit wirtschaftspolitischem Gehalt keine engere rechtliche Grenze ziehen, deren Beachtung die Gerichte kontrollieren könnten²⁾.

Der Gestaltung des Verwaltungsverfahrens kommt aber bei der Beurteilung einer gesetzlichen Regelung im Hinblick auf ihre Verfassungsmäßigkeit eine erhebliche Bedeutung zu. Wenn auch grundsätzlich an der Forderung auf weitgehende gerichtliche Kontrolle der Verwaltungsmaßnahmen festzuhalten ist, kann das Verwaltungsverfahren in vielen Fällen ein schnellerer und wirksamerer Schutz des Staatsbürgers vor Eingriffen der Verwaltung bedeuten als eine volle gerichtliche Nachprüfung der Gesetzesanwendung der Verwaltung in einem mehrstufigen und sich

1) Scheuner, Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, S. 65; Entscheid. des BVerfG v. 20. Juli 1954 zum Investitionshilfegesetz, BVerfGE Bd. 4, S. 7 ff. (19).

2) Scheuner a.a.O. S. 55 ff; Bettermann, Das Verwaltungsverfahren, S. 118 ff. (169).

auf Jahre erstreckenden Instanzenzug¹⁾.

Das Verfahren vor den Kartellbehörden trägt rechtsstaatlichen Erfordernissen in jeder Hinsicht Rechnung. Dem rechtlichen Gehör ist durch den weiten Kreis der Verfahrensbeteiligten (§ 51 GWB) und der Pflicht der Kartellbehörde, den Beteiligten vor dem Erlass einer Verfügung Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben und eine beantragte mündliche Verhandlung anzuberaumen (§ 53 GWB) in ausreichendem Maße Genüge getan. Verfügungen der Kartellbehörde sind nach § 57 GWB zu begründen und mit einer Rechtsmittelbelehrung den Beteiligten zuzustellen. Gegen Verfügungen der Kartellbehörde mit Ausnahme der Verfügungen des Bundeswirtschaftsministers in den Fällen des § 8 GWB ist der Einspruch für alle Beteiligten zulässig. Über den Einspruch gegen eine Verfügung des Bundeskartellamtes entscheidet dessen Einspruchsabteilung auf Grund öffentlicher mündlicher Verhandlung, sofern kein Einverständnis der Beteiligten vorliegt, daß ohne mündliche Verhandlung entschieden wird (§ 61 GWB). Gegen den Einspruchsbescheid der Kartellbehörde und gegen Verfügungen des Bundeswirtschaftsministers ist außerdem noch die Beschwerde bei dem für den Sitz der Kartellbehörde zuständigen Oberlandesgericht gegeben. Schließlich findet gem. § 73 GWB gegen die in der Hauptsache erlassenen Beschlüsse der Oberlandesgerichte die Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof statt, wenn das Oberlandesgericht, das mit der Sache befaßt ist, die Rechtsbeschwerde zugelassen hat. Ein weitergehendes Maß an Rechtsschutz ist schwerlich denkbar.

1) Vgl. Bachof, Nochmals: Verwaltungsverfahren und Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl. 1958, S. 6 ff. (7); Ehmke, a.a.O. S. 51 ("Ermessen und "unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, Recht und Staat, Heft 230, 231).

Soweit eine gerichtliche Nachprüfung wegen § 70 IV S. 2 GWB nicht erfolgen darf, ist sie aus dem Prinzip der Äquivalenz von Mittel und Aufgabe gerechtfertigt, das verfassungsrechtlichen Rang besitzt¹⁾. Der Gesetzgeber muß aus Gründen des öffentlichen Wohls für den gesunden Ablauf des Wirtschaftsgeschehens Sorge tragen und ihm steht zur situationsgerechten Einflußnahme auf den Wirtschaftsablauf im Rahmen des GWB keine andere Handhabe zur Verfügung als der dem Einzelfall gerecht werdenden Maßnahme in Gestalt eines Verwaltungsaktes. Eine größtmögliche rechtssatzmäßige Bindung ist bereits durch die Festlegung bestimmter Tatbestände im GWB geschaffen, so daß aus dem Unvermögen, eine weitergehende gesetzliche Bindung der Kartellbehörden zu bewirken, eine Verfassungswidrigkeit von § 70 IV S. 2 GWB nicht angenommen werden kann.

Die gleichen Erwägungen haben auch zu gelten, soweit verfassungsrechtliche Bedenken geltend gemacht werden, daß mit der Zubilligung eines Ermessensspielraumes zugunsten der Verwaltung gegen das Prinzip der Gewaltenteilung verstoßen werde, weil die Verwaltung damit die Funktion der Legislative übernehme. In einem Verfassungssystem, in dem die Verwaltung grundsätzlich nur dann zu Eingriffen in Freiheit und Eigentum des Bürgers berechtigt ist, wenn ein dazu ermächtigender Rechtssatz vorliegt, muß jede Lücke einer rechts-

1) Vgl. Jesch a.a.O. S. 242; Bachof, JZ 1955, S. 102, der es für die Verfassungsmäßigkeit des "Beurteilungsspielraumes" genügen läßt, wenn der Gesetzgeber dessen Notwendigkeit hinreichend begründet. Wenn Jesch a.a.O. einen generellen Ausschluß der gerichtlichen Nachprüfung durch Einräumung eines "Beurteilungsspielraumes" für verfassungsrechtlich unzulässig ansieht, so kann ihm darin nur dann gefolgt werden, wenn der generelle "Beurteilungsspielraum" auch noch gelten soll, sofern rechtliche Maßstäbe bei der Gesetzesanwendung vorhanden sind. Das ist aber gerade bei der Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung in weiten Grenzen nicht der Fall.

satzmäßigen Bindung als Durchbrechung des Gewaltenteilungsprinzips angesehen werden¹⁾. Aber auch hier muß mit den gleichen Gründen wie zur Frage der Bestimmtheit und Meßbarkeit von § 70 IV S. 2 GWB eine Verfassungswidrigkeit dieser Bestimmung wegen der Durchbrechung des Gewaltenteilungsgrundsatzes verneint werden.

e) Ist § 70 IV S. 1 GWB mit dem Grundsatz der Gewaltenteilung vereinbar?

Verfassungsrechtliche Bedenken bestehen darüber hinaus wegen der Übertragung von Verwaltungsfunktionen gem. § 70 IV S. 1 GWB auf die Gerichte. Auch hier könnte der Gewaltenteilungsgrundsatz verletzt sein.

Soweit es nicht um gesamtwirtschaftliche Wertungen geht, hat der Gesetzgeber in § 70 IV S. 1 GWB die Zuständigkeit der Gerichte für die unbeschränkte Nachprüfung ~~in~~ Ermessensfragen ausdrücklich vorgesehen. Nun ist der Gewaltenteilungsgrundsatz im Grundgesetz keineswegs so streng durchgeführt, daß die Übertragung echter Verwaltungsfunktionen, wie es bei einer unbeschränkten Ermessensnachprüfung der Fall ist, schlechthin verfassungswidrig ist. Die Gewaltenteilung bedeutet nicht eine ausnahmslose und schematisierte materielle Abgrenzung der einzelnen Gewalten²⁾. Wenn auch das Grundgesetz in Art. 92 die richterliche Gewalt gegen Einbrüche der anderen Gewalten vollständig abgeschirmt hat, so gilt das jedoch nicht im Verhältnis der richterlichen Gewalt zu den anderen Gewalten³⁾. In Ausübung seiner rechtsprechenden Tätigkeit kann ein Gericht auch unmittelbar an Stelle der

1) Vgl. Maunz-Dürig, Art. 20 Anm. 89.

2) BVerwG, Urt. v. 29.10.1958, BVerwGE Bd. 7, S. 294 (295)

3) Ule, Anm. zum Urt. des BVerwG v. 19.2.1957 in JZ 1958, S. 629.

Verwaltung handeln, wenn eine gesetzliche Vorschrift dazu ausdrücklich ermächtigt¹⁾. Der Grundsatz der Gewaltenteilung verlangt nur, daß die Rechtsprechung nicht durch Anreicherung der Kompetenzen den Kernbereich der Verwaltung antastet²⁾. Es darf zu keiner Ausschaltung der einen Gewalt durch die andere kommen.

Wegen der weitgefaßten gesetzlichen Regelung in § 70 IV S. 1 GWB muß davon ausgegangen werden, daß sich die Nachprüfungsbefugnis der Gerichte nicht nur auf die Rechtmäßigkeit, sondern auch auf die Zweckmäßigkeit der Ermessensentscheidungen der Kartellbehörden erstreckt. Wir haben es hier nicht mit der Zuweisung der Ermessensnachprüfung durch die Gerichte für einen Einzelfall zu tun; vielmehr fallen sämtliche Ermessensentscheidungen der Kartellbehörden unter diese Gesetzesbestimmung. Bei der verfassungsrechtlichen Prüfung von § 70 IV S. 1 GWB kann jedoch nicht außer acht gelassen werden, daß das nahezu umfassenden Prüfungsrecht der Gerichte durch § 70 IV S. 2 GWB wesentlich eingeschränkt wird, weil die Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung der gerichtlichen Nachprüfung entzogen ist.

Angesichts der zahlreichen unbestimmten Rechtsbegriffe in den Tatbeständen des GWB, die bei ihrer Anwendung eine gesamtwirtschaftliche, wirtschaftspolitische Würdigung erfordern, ist für diesen großen Bereich eine Ermessensnachprüfung der Kartellbehörden - soweit es nicht um die Einhaltung von Ermessensgrenzen geht - ohnehin kein Raum. Es kommt hinzu, daß bei der Ausübung des Rechtsfolgeermessens, das vor allem durch die zahlreichen "Kann"-Bestimmungen im

- 1) BVerwG, Urt. v. 25.6.1954, BVerwGE Bd. 1, S. 163; BVerfG, Urt. v. 18.12.1953, BVerfGE Bd. 3, S. 225 (247); Schneider, Peter, Zur Problematik der Gewaltenteilung im Rechtsstaat der Gegenwart, ArchöR, Bd. 82, S. 12 ff.
- 2) v. Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, 2. Aufl. Anm. 5 b zu Art. 20; Maunz-Dürig, Art. 20 Anm. 80, 81.

GWB eine erhebliche Rolle spielt, gesamtwirtschaftlichen Wertungen mindestens das gleiche Gewicht zukommt wie bei der Anwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen mit wirtschaftspolitischem Gehalt. Das gilt vor allem für die Fälle der Erteilung der Kartellerlaubnis in §§ 4, 7 und 8 GWB, der Verlängerung der Kartellerlaubnis in § 11 II GWB und der Eingriffsbefugnis der Kartellbehörde in §§ 3 IV, 11 IV und V, 12 GWB, genehmigte Kartelle für unwirksam zu erklären oder den Kartellbeteiligten aufzugeben, Mißbräuche abzustellen und Kartellverträge zu ändern. Von einer ausschließlichen Zuweisung an die Gerichte in § 70 IV S. 1 GWB kann deshalb nicht die Rede sein.

Wegen der zahlreichen wirtschaftspolitischen Wertungen bei der Anwendung des GWB wird die unbeschränkte gerichtliche Nachprüfung von Ermessensentscheidungen deshalb nicht die Regel, sondern die Ausnahme sein. Angesichts der in § 70 IV S. 2 GWB gemachten Einschränkung der unbeschränkten gerichtlichen Nachprüfung wird man in § 70 IV S. 1 GWB keinen verfassungswidrigen Einbruch der Rechtsprechung in den Kernbereich der Verwaltung sehen können¹⁾.

1) Im Ergebnis übereinstimmend v. Köhler, DÖV 1960, S. 210; Zweigert im Kommentar von Müller-Henning-Schwartz, S. 789; derselbe, Festschrift für R. Isay, S. 138.

F ü n f t e r T e i l

DER SACHLICHE GELTUNGSBEREICH VON § 7o IV S. 2 GWB

I. Die allgemeinen Weisungen des Bundes- wirtschaftsministers nach § 49 GWB

a) Wesen der allgemeinen Weisungen

Bei der Frage nach der normativen Bestimmtheit der in § 7o IV S. 2 GWB genannten wirtschaftspolitischen Würdigung ist zu unterscheiden zwischen den Fällen, in denen das Bundeskartellamt auf Grund von allgemeinen Weisungen des Bundeswirtschaftsministers gemäß § 49 GWB entscheidet und anderen Fällen, wenn keine allgemeine Weisungen vorliegen und die Entscheidungen auf Grund der selbständigen Würdigung der Kartellbehörden erfolgen¹⁾. Sofern das Bundeskartellamt sich bei der Auslegung der im GWB normierten Tatbestände an allgemeinen Weisungen des Bundeswirtschaftsministers orientiert, zeigen diese Weisungen eine starke Ähnlichkeit mit den im Verwaltungsrecht anerkannten Wertmaßstäben (Verweisungsnormen) bei der Anwendung von unbestimmten Wertbegriffen. Der Bundeswirtschaftsminister könnte beispielsweise allgemeine Richtlinien dafür geben, daß Verfügungen nach § 17 GWB zu unterlassen sind, soweit sie darauf gestützt werden, daß kein Preiswettbewerb im strengen Sinne besteht oder daß im Falle des § 38 Abs. 2 GWB von der Einleitung eines Bußgeldverfahrens Abstand genommen werden soll²⁾. Solche Weisungen sind Folgerungen des

1) Bisher hat der Bundeswirtschaftsminister noch keine allgemeinen Weisungen nach § 49 GWB erteilt (vgl. Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit im Jahre 1960 sowie über Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet, Bundestagsdrucksache Nr. 2734,3. Wahlperiode, S. 3).

2) Ewald a.a.O. S. 618.

Bundeswirtschaftsministers, die er aus der jeweiligen gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung zieht und das Bundeskartellamt zu Maßnahmen im Sinne seiner wirtschaftspolitischen Vorstellungen veranlassen sollen.

Um die Frage nach dem Wesen der allgemeinen Weisungen des Bundeswirtschaftsministers gemäß § 49 GWB in das rechte Licht zu rücken, bedarf es einer näheren Betrachtung der Tätigkeit der Gerichte bei der Nachprüfung von Verwaltungsmaßnahmen, die auf der Anwendung von Wertbegriffen beruhen.

Wir haben in den vorangegangenen Abschnitten gesehen, daß der Wertmaßstab für die in einem Wertbegriff vom Gesetzgeber ausgesprochenen Wertung von Fall zu Fall grundverschiedenen Instanzen zugeschrieben sein kann. Es kann "die allgemeine Durchschnittsauffassung", "die Meinung aller billig und gerecht Denkenden", diejenige einer bestimmten soziologischen Schicht oder aber auch unabhängig von diesen Wertmaßstäben eine Orientierung an einer "vorgegebenen Werteordnung" sein.

Es werden also außerhalb des Rechtsbegriffs liegende Maßstäbe (Verweisungsnormen) herangezogen, die dann den Obersatz für die Subsumtion des zugrunde liegenden Sachverhalts liefern. Der Richter hat durch Auslegung zu ermitteln, wessen Durchschnittsauffassung oder Wertvorstellung maßgeblich sein sollen. Dem Gesetzgeber steht es frei, ausdrücklich im Gesetz zum Ausdruck zu bringen, welche Maßstäbe er in Abweichung zum Normalfall bei der Auslegung eines

Wertbegriffes angewendet sehen will.

Derartige Verweisungsnormen, die W. Jellinek Rechtsquellen mit abgeleiteter Rechtssatzwirkung nennt¹⁾, sind im Recht außerordentlich zahlreich. Der Gesetzgeber verweist in den Gesetzesbestimmungen ja nicht nur auf gesellschaftliche Anschauungen, sondern - was bei Erfahrungsbegriffen häufig geschieht - beispielsweise auch auf Sätze der allgemeinen Wissenschaft oder der Technik. Ohne Verweisung auf die naturwissenschaftlichen Erkenntnisse wären gesetzliche Regelungen im Baurecht oder Arzneimittelrecht überhaupt nicht denkbar.

Die Weisungen des Bundeswirtschaftsministers sind interne Dienstanweisungen, die dem Bundeskartellamt als Auslegungsregeln für die Anwendung des GWB zu dienen haben²⁾. Aber gerade dadurch, daß sie Auslegungsregeln sind, wird ihr Wesen als Rechtsquelle mit erläuternder Rechtssatzwirkung im Sinne W. Jellineks offenbar.

Bei der Auslegung der Wertbegriffe zeigt sich der Einfluß des im Gesetz zum Ausdruck gekommenen Willens des Gesetzgebers auf den Inhalt der Rechtsbegriffe in gleicher Weise wie bei den Erfahrungsbegriffen. Unter Begriffsinhalt kann hier nur die Verweisungsnorm verstanden werden, welche den Bewer-

1) GGZ, S. 91 ff., S. 170; dagegen Dürig, a.a.O., S. 66, der in ihnen lediglich Auslegungsregeln sieht.

2) Langen, Anm. zu § 49; das BVerwG hat in der Entscheidung v. 20.6.1956, DVBl. 1957, 31 anerkannt, daß Verwaltungsanweisungen zur Erläuterung von Bundesrecht herangezogen werden können.

tungsmaßstab darstellt. Ist keine Verweisungsnorm feststellbar, dann bleibt freilich nur Raum für eine ausschließlich im subjektiven Bereich gefällte Entscheidung.

Bei den Erfahrungsbegriffen haben wir gesehen, daß der Gesetzgeber auf die Begriffsbildung Einfluß nimmt, indem er in Abweichung zu den vorjuristischen Begriffen neue Begriffe durch Zusammenfassung von Begriffsmerkmalen bildet. In welcher Weise nun der Inhalt der Rechtsbegriffe vom Gesetzgeber abhängig ist, hängt von der jeweiligen Rechtsnorm ab, deren Inhalt sich aus dem Zweck des zu subsumierenden Gesetzes ergibt, dessen Stellung innerhalb der gesamten Rechtsordnung dabei Rechnung zu tragen ist.

Da der Wertbegriff keine beschreibende Darstellung von Tatsachen, sondern eine Bewertung über Tatsachen ist, kann der Gesetzgeber nur auf die Bewertung selbst Einfluß nehmen. Die Art des Wertmaßstabes ist ebenso vom gesetzgeberischen Willen abhängig wie die konstitutiven Begriffsmerkmale beim Erfahrungsbegriff. Der Wertmaßstab ist in gleicher Weise wie die Begriffsmerkmale des Erfahrungsbegriffs vom Zweck der jeweiligen Rechtsnorm und ihrer Stellung im gesamten Recht abhängig und bewirkt die "Relativität" der Rechtsbegriffe ebenso wie bei den

Erfahrungsbegriffen¹⁾.

Nun ist nicht einzusehen, wenn die Bezugnahme des Gesetzgebers auf die verschiedensten Arten von Wertmaßstäben bei der Anwendung von Wertbegriffen zulässig sein soll, für die allgemeinen Weisungen des Bundeswirtschaftsministers über die Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung aber etwas anderes gelten sollte.

Diese Richtlinien werden im Bundesanzeiger veröffentlicht und sind deshalb noch sehr viel leichter und präziser zu ermitteln als die im Verwal-

1) Vgl. hierzu die Ausführungen von H. Kronstein, Neue deutsche wirtschaftsrechtliche Entscheidungen im Lichte des amerikanischen Antitrustrechts, Schriften der Juristischen Studiengesellschaft, Karlsruhe, Heft 6, S. 16 über das Wesen der Generalklauseln, die ja nichts anderes als Wertbegriffe sind: "... müssen Generalklauseln teleologisch verstanden werden. 'Vernünftig' oder 'zweckmäßig' sind nicht Rechtsbegriffe, die der Willkür oder rein subjektiven Vorstellung der Richter, so vorsichtig sie überlegt sein mögen, Tür und Tor öffnen. Sie müssen aus den Zielen der Rechtsordnung verstanden werden" vgl. auch Forsthoff (1958), S. 80.

tungsrecht bei der Auslegung von Wertbegriffen üblichen Wertmaßstäbe. Sie werden nicht von der rechtsanwendenden Instanz geschaffen, sondern vom Bundeswirtschaftsminister erlassen, auf dessen Wirtschaftspolitik zwar das Parlament, nicht aber das weisungsgebundene Bundeskartellamt Einfluß nehmen kann¹⁾.

Es ist auch jeden Außenstehenden möglich, sich an derartigen Richtlinien zu orientieren und sein Verhalten darauf einzurichten. Die Richtlinien des Bundeswirtschaftsministers gemäß § 49 GWB haben außerdem den Vorzug, daß der Gesetzgeber sie ständig kontrollieren kann. Das Parlament kann den Bundeswirtschaftsminister zwingen, die Richtlinien zu ändern. Eine zusätzliche Kontrollmöglichkeit der Weisungen des Bundeswirtschaftsministers ist dem Parlament außerdem in § 50 GWB gegeben worden. Gemäß § 50 GWB veröffentlicht das Bundeskartellamt jährlich einen Bericht über seine Tätigkeit sowie über die Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet. In diesen Bericht sind die allgemeinen Weisungen des Bundeswirtschaftsministers mit aufzunehmen.

Die inhaltliche Übereinstimmung der allgemeinen

1) vgl. Krüger, Herbert, Kartellamt, Amtsrecht und Gewaltenteilung, DÖV 1957, 686 ff.; E. Forsthoff, Festschrift für Isay, S. 96.

Weisungen des Bundeswirtschaftsministers mit den Verweisungsnormen bei der Anwendung von Wertbegriffen wird vor allem durch § 7o IV S. 2 GWB nahegelegt, weil durch diese Bestimmung ausdrücklich vom Gesetzgeber erklärt wird, daß die Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung als nicht nachprüfbar angesehen wird. Es ist aber für die Verweisungsnormen bei der Anwendung von Wertbegriffen gerade charakteristisch, daß der Gesetzgeber auf diese Bezug nimmt und sie als endgültigen Maßstab für die Auslegung gelten läßt.

Es ließe sich gegen eine Gleichsetzung der allgemeinen Weisungen des Bundeswirtschaftsministers mit den Verweisungsnormen bei der Anwendung von Wertbegriffen einwenden, daß sich die allgemeinen Weisungen sehr schnell ändern können, ein Wertmaßstab wie beispielsweise die "allgemeine Durchschnittsauffassung" dagegen ein weitaus zuverlässiger und beständiger Maßstab sei.

Nun ist es keineswegs so, daß sich die allgemeine Durchschnittsauffassung nicht ändert. Die Wandlungen der sittlichen Anschauungen auf vielen Gebieten beispielsweise in den letzten hundert Jahren läßt sich nicht leugnen. Noch im Jahre 1900 wäre die freie und die Intimsphäre kaum noch respektierende Richterstattung mancher moderner Illustrierten undenkbar gewesen. Es ist freilich zuzugeben, daß ein Wandel der Anschauungen im Volk in der Regel die Folge einer langsamen und stetigen Entwicklung sein wird. Aber schon in politischen Fragen haben wir im

Laufe dieses Jahrhunderts innerhalb weniger Jahrzehnte grundsätzliche Änderungen in der allgemeinen Auffassung zu verzeichnen gehabt. Der Übergang von der Monarchie zur Republik nach dem ersten Weltkrieg und auch der Zusammenbruch nach 1945 geben anschauliche Beispiele hierfür. Die Änderung der politischen Anschauungen in der Fortentwicklung des rechtsstaatlichen Denkens haben einen großen Einfluß auf die Kontrolle der Exekutive ausgeübt¹⁾. Allerdings ist nicht zu verkennen, daß der ständige Fluß der Wirtschaftsentwicklung einen unvergleichlich schnelleren Wandel in der Auffassung des Bundeswirtschaftsministers, wie er in den allgemeinen Weisungen zum Ausdruck kommt, erforderlich machen kann als beispielsweise eine Änderung der Meinung "aller billig und gerecht Denkenden" zur Frage der "guten Sitten" in § 138 HGB. Diese Erscheinung ist aber auf das GWB als wirtschaftspolitisches Instrument zurückzuführen, das ein notwendig stark dynamischen Charakter hat. Deshalb müßten sich auch "alle billig und gerecht Denkenden" - sofern der Gesetzgeber ihre Meinung für maßgeblich erklärt hätte - auf die sich rasch ändernde wirtschaftliche Entwicklung umstellen, wenn sie zu sachgerechten Entscheidungen verhelfen sollte. In der sich wandelnden Wertung kann deshalb ein für die wirtschaftspolitische Wertung des Bundeswirtschaftsministers von sog. "objektiven Wertungen" abweichen- des charakteristisches Merkmal nicht gesehen werden.

1) vgl. die Ausführungen auf S. 38.

Die enge rechtstechnische Verwandtschaft der zur Anwendung von Wertbegriffen verwendeten Verweisungsnormen und den allgemeinen Weisungen des Bundeswirtschaftsministers nach § 49 GWB ist somit nicht zu verkennen.

Man wird deshalb ein Abweichen des Bundeskartellamtes von den allgemeinen Weisungen des Bundeswirtschaftsministers bei einer gerichtlichen Nachprüfung als Rechtsverletzung ansehen müssen, wenn der Bundeswirtschaftsminister eine wirtschaftspolitische Wertung vorgenommen hat und diese als Handlungsmaßstab dem Bundeskartellamt im Wege der allgemeinen Weisungen mitgeteilt hat¹⁾. Läßt der Bundeswirtschaftsminister dem Bundeskartellamt dagegen in den Weisungen noch einen Ermessensspielraum offen, dann ist lediglich eine gerichtliche Überprüfung der Einhaltung der Ermessensgrenzen zulässig.

Zwar sind die Weisungen des Bundeswirtschaftsministers Verwaltungsanweisungen, worauf im folgenden noch ausführlich einzugehen sein wird. Für Verwaltungsanweisungen ist es aber keineswegs charakteristisch, daß sie eine Bewertung zum Ausdruck

1) Zum gleichen Ergebnis gelangt v. Köhler, a.a.O. S. 214 Anm. 47. Ihm ist darin zuzustimmen, daß die Bindung an die allgemeinen Weisungen nur insoweit gilt, als dem Gesetz nicht ein anderer Sinn entnommen werden muß. Vgl. auch Krüger, a.a.O. S. 689, der den in § 50 I S. 2 GWB genannten allgemeinen Verwaltungsgrundsätzen rechtsverbindlichen Charakter als "Amtsrecht" zuspricht.

bringen. Sie können sich mit rein verwaltungstechnischen Fragen wie der Regelung des Dienstbetriebes befassen, ohne auf das sachliche Ergebnis der Verwaltungsentscheidungen Einfluß nehmen zu wollen. Die Weisungen gemäß § 49 GWB unterscheiden sich von den übrigen Verwaltungsanweisungen auch dadurch, daß sie schon im Gesetz vorgesehen sind und im Bundesanzeiger veröffentlicht werden müssen.

b) Die Zulässigkeit der gerichtlichen Nachprüfung der allgemeinen Weisungen in § 49 GWB als Verwaltungsanweisungen

Daß die in § 49 GWB vorgesehenen allgemeinen Weisungen des Bundeswirtschaftsministers Rechtsverordnungen sind, ist bisher nirgendwo angenommen worden. Zwar kommt es bei der Qualifizierung einer solchen Anordnung stets auf ihren Inhalt an¹⁾, so daß die Bezeichnung und die Form der Veröffentlichung nur als Indiz gewertet werden können²⁾. Die Eigenschaft einer Rechtsverordnung kann einer derartigen Norm nur dann zugeschrieben werden, "wenn sie die bestehende Rechtslage verändert oder auf eine neue Grundlage stellt." Es liegt "nicht im Belieben einer rechtsetzenden Stelle zu bestimmen ob ihre Anordnung eine Rechtsvorschrift sei oder nicht"³⁾.

Bei Berücksichtigung dieser Grundsätze kann es nicht zweifelhaft sein, daß die allgemeinen Weisungen des

1) vgl. Bachof, Otto, in seiner Anmerkung zum Urt. des BVerwG v. 27.6.1955 in JZ 1956, S. 33 f. (36).

2) Bachof, a.a.O.

3) Urt. des OVG Münster v. 9.5.1951, VerwRspr. Bd. 4, S. 533 ff. (538).

Bundeswirtschaftsministers nach § 49 GWB innerdienstliche Verwaltungsanweisungen sind. Sie erstrecken sich auf den Erlaß oder die Unterlassung von Verfügungen des Bundeskartellamtes und beziehen sich schon ihrem Wortlaut nach nur auf die Anwendung des GWB. Sie sollen nicht die bestehende Rechtslage verändern, denn über den Rahmen der gesetzlichen Regelungen hinauszugehen, ist dem Bundeswirtschaftsminister nicht erlaubt. An die vom Gesetzgeber im GWB getroffenen Entscheidungen sind alle Rechtsunterworfenen gebunden, so daß in solchen Fällen allgemeine Weisungen nicht ergehen dürfen. Eine Einflußnahme auf die Tätigkeit des Bundeskartellamtes wird dem Bundeswirtschaftsminister nur insoweit eingeräumt werden können, als für die Anwendung des GWB ein Ermessensbereich vom Gesetzgeber vorgesehen wurde. Ein weites Feld eröffnet sich für die Weisungen auf dem Gebiet der wirtschaftspolitischen Wertung, die ihrem Wesen nach eine Ermessensangelegenheit ist und kraft ausdrücklicher gesetzlicher Regelung in § 70 IV S. 2 GWB der gerichtlichen Nachprüfung entzogen ist.

Aber selbst wenn die allgemeinen Weisungen des Bundeswirtschaftsministers sich als innerdienstliche Verwaltungsanweisungen darstellen, so ist mit dieser Charakterisierung noch keineswegs gesagt, daß sich ihre Wirkungen im innerdienstlichen Bereich erschöpfen müssen und ein Verstoß gegen die Weisungen gegenüber Dritten ohne rechtliche Bedeutung ist.

Die strenge Unterscheidung zwischen Gesetzen und Rechtsverordnungen auf der einen Seite und Verwal-

tungsanweisungen auf der anderen Seite mit der Maßgabe, daß nur die ersteren Rechtswirkungen gegenüber Dritten äußern, wird in zunehmendem Maße in der neueren Rechtslehre¹⁾ und auch in der Rechtsprechung²⁾ aufgegeben. Als Begründung wird angeführt, daß ein rechtsschutzloser Raum entstehe, wenn nur ein solcher Verwaltungsakt wegen Fehlerhaftigkeit aufhebbar sei, der gegen ein Gesetz oder eine Rechtsverordnung verstoße, während die Verletzung einer Verwaltungsanweisung auf den Bestand des Verwaltungsaktes keinen Einfluß habe, obgleich in vielen Fällen die Verwaltungsanweisung Vorschriften enthalte, "die die Rechtsstellung eines Betroffenen unmittelbar berührten"³⁾. Es sei mit Art. 19 IV GG nicht zu vereinbaren, wenn es der Verwaltung erlaubt wäre, nach ihrem Ermessen in die unkontrollierbaren Bereiche verwaltungsinterner Regelungen durch Verwaltungsverordnungen auszuweichen. Die mit dem Grundgesetz geschaffene Rechtsordnung gewähre einen umfassenden Rechtsschutz und demzufolge seien Normen im Zweifel so zu qualifizieren, daß ein Höchstmaß an Rechtsschutz erreicht werde. "Eine Norm ist jedenfalls dann als Rechtssatz und Rechtsnorm anzusehen, wenn die Verneinung dieser Eigenschaft dem vom Vollzug der Norm Betroffenen

1) vgl. die im Urt. des BVerwG v. 27.6.1955, BVerwGE Bd. 2, S. 163 ff. (166) angegebene Literatur.

2) OVG Münster, a.a.O.; Württ.-Bad-VGH, DÖV 1950, S. 314 ff.; aber auch das Reichsgericht hat in einer Reihe von Fällen Verwaltungsvorschriften als reversible Normen angesehen; vgl. hierzu die bei Forsthoff (1958) S. 123 Anm. 3 angeführten Urteile.

3) BVerwG, a.a.O. S. 166.

den Rechtsschutz vorenthalten würde, der ihm nach Lage der Umstände nicht vorenthalten werden kann, ohne ihn einer von der Rechtsordnung nach ihrer auf Rechtsschutz hin tendierenden Gesamtstruktur mißbilligten Benachteiligung auszusetzen"¹⁾.

Bei der Frage, ob es sich im konkreten Fall um eine Verwaltungsanweisung rein innerdienstlicher Art oder um einen Rechtssatz mit unmittelbarer Wirkung auf die Rechtsstellung eines außerhalb des besonderen Gewaltverhältnisses der Verwaltung stehenden Dritten handelt, wird nicht mehr auf formale Kriterien abgestellt, sondern es wird der Versuch unternommen, die Entscheidung nach materiellrechtlichen Kriterien zu treffen, was allerdings nur im Wege einer teleologischen Wertabwägung möglich ist²⁾. Daß dadurch die Grenzziehung zwischen nicht nachprüfbaren Verwaltungsanweisungen und gerichtlicher Kontrolle unterliegenden Rechtsverordnungen erschwert wird, ist freilich nicht zu verkennen.

Zur Frage der Nachprüfbarkeit von Verwaltungsanweisungen, die den Behörden als Ermessensrichtlinien gegeben worden sind, hat das VG-Stuttgart³⁾ ausgeführt, daß Verwaltungsanweisungen "den von ihnen begünstigten Personen wenngleich kein unmittelbar subjektives Recht auf Gewährung der in ihnen zuge-

1) Forsthoff (1958) S. 129.

2) Forsthoff (1958) S. 123 Anm. 3.

3) Urt. v. 24.6.1949, DRZ 1950 S. 571 ff.

standenen Vergünstigungen, so doch einen Anspruch auf gleichmäßige und unterschiedslose Anwendung gewähren, was freilich im Ergebnis auf dasselbe hinausläuft wie die Einräumung eines subjektiven Rechts."

Das BVerwG hat im Urteil vom 27.6.1955 ausgeführt, daß die Nichtbeachtung der "Weisungen" und "Anleitungen"¹⁾ des Präsidenten des Bundesausgleichsamtes die Fehlerhaftigkeit und Anfechtbarkeit des darauf beruhenden Verwaltungsaktes zur Folge habe. Das ergebe sich aus der Weisungsbefugnis der übergeordneten Stelle und auch "aus dem Grundsatz, daß jeder Einzelfall ebenso behandelt werden muß wie jeder andere gleichgelagerte Fall"²⁾.

Da die allgemeinen Weisungen des Bundeswirtschaftsministers gegenüber dem weisungsgebundenen Bundeskartellamt ebenfalls Ermessensrichtlinien sind, werden für die gerichtliche Nachprüfung der Weisungen entsprechende Grundsätze zu gelten haben wie bei den "Weisungen" und "Anleitungen" des Präsidenten des Bundesausgleichsamtes. § 70 IV S. 2 GWB steht einer solchen Verfahrensweise nicht entgegen, wenn die Weisungen klare und unmißverständliche Ermessensrichtlinien sind. Sofern sie allerdings dem Bundeskartellamt selbst wieder einen Ermessensspielraum zur eigenen wirtschaftspolitischen Wertung einräumen, scheidet eine gerichtliche Nachprüfungsbe-

-
- 1) Im dort entschiedenen Falle ging es um die "Weisung über die Ausbildungshilfe vom 24.2.1953" (Bundesanz. Nr. 41, S. 3) und die "Anleitung zur Weisung über die Ausbildungshilfe" vom 24.2.1953 in der Fassung vom 26.3.1953 (Mtbl. BAA S. 129).
 - 2) BVerwG in BVerwGE Bd. 2 S. 168.

fugnis, die über eine Kontrolle der Einhaltung der Ermessensgrenzen¹⁾ hinausgeht, gemäß § 7c IV S. 2 GWB aus.

Dem vom BVerwG entwickelten Grundsatz, daß jeder Einzelfall bei der Anwendung von Verwaltungsanweisungen ebenso behandelt werden muß wie jeder andere gleichgelagerte Fall, wird auch in besonderem Maße bei den allgemeinen Weisungen des Bundeswirtschaftsministers, die er gemäß § 49 GWB erläßt, Rechnung getragen werden müssen. Die Weisungen werden im Bundesanzeiger veröffentlicht und können somit von jedermann zur Kenntnis genommen werden. Die davon betroffenen Unternehmen werden ihre Geschäftstätigkeit schon deshalb nach ihnen ausrichten, um sich nicht unerwarteten Maßnahmen des Bundeskartellamtes auszusetzen. Andererseits müssen sich die Unternehmen in der Wirtschaft aber auch darauf verlassen können, daß die Weisungen vom Bundeskartellamt eingehalten werden, wenn sie durch deren Nichtbeachtung Nachteile erleiden würden. In solchen Fällen ist es Aufgabe der Gerichte, die Übereinstimmung der Einzelmaßnahmen des Bundeskartellamtes mit den Weisungen des Bundeswirtschaftsministers zu überprüfen und einen erlassenen Verwaltungsakt des Bundeskartellamtes gegebenenfalls wegen Fehlerhaftigkeit aufzuheben.

Bei einer Zugrundelegung der Rechtsprechung des BVerwG zur Frage der Nachprüfbarkeit von Verstößen gegen Verwaltungsanweisungen seitens der weisungsunterworfenen Verwaltung wird man allerdings nicht für alle Fälle im voraus sagen können, ob die Gerichte

1) vgl. die Ausführungen auf S. 144 ff.

einen solchen Verstoß als Rechtsverletzung ansehen werden oder ihm lediglich innerdienstliche Bedeutung zumessen. Hier hängt die Entscheidung über die Rückwirkung eines Verstoßes gegen die allgemeinen Weisungen des Bundeswirtschaftsministers auf den rechtlichen Bestand eines Verwaltungsaktes des Bundeskartellamtes noch weitgehend von der Gestaltung des jeweiligen Falles ab. Folgt man der in den vorangegangenen Ausführungen vertretenen Auffassung über den Charakter der allgemeinen Weisungen als Verweisungsnormen - soweit sie eindeutige Anweisungen enthalten, dann bedarf es keines Eingehens auf die besondere Sachlage des zu entscheidenden Falles, sondern dann genügt die Feststellung des Abweichens von den Weisungen, um die darauf beruhende Entscheidung des Bundeskartellamtes als fehlerhaft anzusehen.

II. Die Tatbestände des GWB mit wirtschafts- politischer Wertung

Unter den Begriffen, die die Tatbestände des GWB bilden, gibt es solche, bei deren Anwendung die Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung keine Rolle spielt und andere, die eine solche Würdigung in jedem Fall erfordern. Zu den ersteren werden Begriffe wie "Leistungsentgelt", "Wirtschaftsstufen" (§ 3 Abs. 1), "Handel", "Versorgung", "Verbraucher" (§ 3 Abs. 3 Nr. 2) zu rechnen sein.

Begriffe der zweiten Kategorie sind im Unterschied zu den unbestimmten Rechtsbegriffen in anderen Gesetzen auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts, wo eine wirtschaftspolitische Wertung bei ihrer Anwendung nicht vorausgesetzt wird, im GWB sehr zahlreich. Zu diesen Begriffen gehören vor allem die Begriffe "Gesamtwirtschaft und Gemeinwohl" (§§ 4, 8), "Interesse der Allgemeinheit" (§ 5 Abs. 3) und "gesamtwirtschaftliche Verhältnisse" (§ 17 Abs. 1 Nr. 3), wo der Wortlaut schon auf die vorzunehmende gesamtwirtschaftliche, wirtschaftspolitische Wertung hindeutet.

Daß beispielsweise der Begriff der "offensichtlich schädlichen Wirkungen für den Ablauf von Erzeugung oder Handel" in § 3 Abs. 3 Nr. 2 GWB die Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage mit einschließt, ergibt sich daraus, daß der Ablauf von Erzeugung und Handel von der allgemeinen Wirtschaftslage nicht zu trennen ist. Im Mechanismus des Wirtschaftsablaufs greifen alle Wirtschaftszweige ineinander und eine

Stagnierung eines einzelnen Wirtschaftszweiges wirkt sich in der Regel auch hemmend auf andere Gebiete der Wirtschaft aus¹⁾.

Gemäß § 4 GWB kann die Kartellbehörde unter bestimmten Voraussetzungen eine Kartellerlaubnis erteilen, wenn das Kartell notwendig ist, um eine planmäßige Anpassung der Kapazität an den Bedarf herbeizuführen. Nun läßt sich zwar im Zeitpunkt der Antragstellung auf Grund von wirtschaftlichen Daten hinreichend genau feststellen, wie groß der gegenwärtige Bedarf ist. Die Kartellerlaubnis des § 4 GWB wirkt aber vor allem in die Zukunft, was schon an der Formulierung "planmäßige Anpassung" erkenntlich ist. Die Erteilung der Kartellerlaubnis rechtfertigt sich deshalb letztlich nur im Hinblick auf denjenigen Bedarf, der nach dem Zeitraum der "planmäßigen Anpassung" vorhanden sein wird²⁾. Da die zukünftige wirtschaftliche Entwicklung von einer Reihe von Unsicherheitsfaktoren wie der Konjunktur, den Staatsinterventionen oder auch dem Käufergeschmack abhängt, ist in der Feststellung des zukünftigen Bedarfs stets auch eine wirtschaftspolitische Wertung enthalten.

Wann eine "unmittelbare Gefahr" für den Bestand des überwiegenden Teils der Unternehmen eines Wirtschaftszweiges nach § 8 Abs. 2 GWB besteht, kann ebenfalls nur im Wege einer gesamtwirtschaftlichen Wertung ermittelt werden. Es läßt sich zwar feststellen,

1) Vgl. den Beschluß des BKartA v. 11. Jan. 1960, WuW 1960, S. 221 (227), wo das BKartA für den Begriff der "offensichtlich schädlichen Wirkungen" es für bedeutsam hält, daß das Rabattkartell der Röhrendirekthändler die Wettbewerbsfähigkeit der Schiffswerften beeinträchtigen könnte.

2) Der Begriff des "Bedarfs" in § 4 GWB ist ein Erfahrungsbegriff, soweit es darum geht, den in der Gegenwart erforderlichen Bedarf festzustellen. Da wegen der Dynamik der Wirtschaft nicht mit Sicherheit gesagt werden kann, wie groß der Bedarf in der Zukunft sein wird, ist der Begriff des "Bedarfs" insoweit ein Wertbegriff.

wiewiele Unternehmen zur Kurzarbeit übergegangen sind oder Vergleichs- oder Konkursverfahren eröffnet haben. Ein solches Indiz wird jedoch für die Annahme einer "unmittelbaren Gefahr" schon fragwürdig, wenn der Erlaubnisantrag gemäß § 8 Abs. 2 GWB zu einem Zeitpunkt gestellt wird, an dem die ersten Anzeichen einer deutlich sichtbaren wirtschaftlichen Erholung dieses Wirtschaftszweiges, die aller Voraussicht nicht nur vorübergehender Art ist, sichtbar werden.

Sowohl bei dem Begriff der "unmittelbaren Gefahr" wie bei allen anderen erörterten Begriffen zeigt sich, daß ihre Anwendung eine wirtschaftspolitische Wertung im Hinblick auf die zukünftige wirtschaftliche Entwicklung voraussetzt¹⁾.

Bei der Frage, ob ein Beteiligter nach § 13 Abs. 1 GWB aus wichtigem Grund fristlos schriftlich kündigen kann, wird man nicht generell sagen können, daß eine Kündigung nur durch solche Umstände gerechtfertigt sein könnte, die in dem Bereich der Vertragsbeziehungen der Beteiligten begründet liegen. Es lassen sich Fälle denken, bei denen die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Kündigenden durch plötzlich eintretende, einschneidende Veränderungen in der Gesamtwirtschaft unbillig eingeschränkt wird. So ist nicht einzusehen, weshalb eine Firma, deren Existenz angesichts eines rückläufigen Absatzes

1) Steindorff hat zutreffend darauf hingewiesen, daß die Bildung eines wirtschaftspolitischen Urteils neben der unmittelbaren Feststellung einer tatsächlich bestehenden wirtschaftlichen Situation die Feststellung einer hypothetischen tatsächlichen Situation, der Vergleich der beiden Situationen und die Zugrundelegung zukünftiger Tatsachen notwendig macht. Vgl. Steindorff a.a.O. S. 24 ff., der sich auf Justice Brandeis (Board of Trade of Chicago v. United States 246 US 231 S. 238), Max Weber, Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre, 2. Aufl. 1951, S. 494 und Burdeau, *Traité de science politique*, Bd. 1, 1949, S. 11 beruft.

gefährdet ist, ihre Mitgliedschaft im Kartell soll nicht deshalb kündigen können, weil die gesamtwirtschaftliche Lage sich entgegen den Erwartungen völlig anders entwickelt hat¹⁾. Schon in der Rechtsprechung zu § 8 der Kartellverordnung von 1923 ist der Begriff des "wichtigen Grundes" dahingehend ausgelegt worden, daß ein wichtiger Grund immer dann vorliegt, wenn eine bei Vertragsschluß nicht voraussehbare Änderung der Verhältnisse eingetreten ist, "der anders als durch Kündigung nicht Rechnung getragen werden kann und die weitere Einhaltung des Vertrages oder Beschlusses bei Würdigung aller Belange nicht mehr zumutbar erscheinen läßt"²⁾. Daß zur Würdigung aller Belange auch die gesamtwirtschaftliche Lage und Entwicklung gehört, dürfte nicht anzuzweifeln sein. Der wirtschaftspolitische Ausschuß des Bundestages hat sich zur Begründung von § 13 GWB ausdrücklich darauf berufen, daß eine Kündigung auf allgemeine konjunkturelle Gründe gestützt werden kann³⁾.

Untersucht man, wie es in den vorangegangenen Ausführungen versucht worden ist, das im GWB normierte materielle Kartellrecht auf unbestimmte Rechtsbegriffe, bei deren Auslegung und Anwendung die Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung eine Rolle spielt, dann muß man feststellen, daß es zahlreiche Begriffe gibt, bei deren Anwendung die gesamtwirtschaftliche Lage und Entwicklung mit zu berücksichtigen ist. So ist "ein besonders schwerwiegender Einzelfall" (§ 8 Abs. 2 GWB) nur im Vergleich zur gesamtwirtschaftlichen Lage denkbar. Ebenso wird der "Mißbrauch einer Marktstellung" in

1) Mit dieser Begründung hat die ESSO ihre Mitgliedschaft im Kohle-Öl-Kartell gekündigt. FAZ Nr. 184 v. 12.8.1959.

2) Langen § 13 Anm. II.

3) Langen § 13 Anm. III.

§ 12 Abs. I Ziff. 1 GWB ohne die Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung nicht zutreffend beurteilt werden können. Das gleiche wird für die Begriffe "überwiegendes Interesse an der Erhaltung des Wettbewerbs" (§ 6 Abs. III Nr. 1) "Wesentlichkeit"¹⁾ der Wettbewerbsbeschränkung und "soweit sich die Verhältnisse, die für die Entscheidung maßgebend waren, wesentlich geändert haben" (§§ 18 Abs. I, 20 Abs. III, 11 Abs. IV Ziff. 1) zu gelten haben.

Käme man nun angesichts der jeweils vorzunehmenden gesamtwirtschaftlichen Würdigung zu dem Ergebnis, daß in allen Fällen die Nachprüfungsbefugnis der Gerichte für den zur Anwendung kommenden Begriff insgesamt ausgeschlossen sein soll, wo diese Frage bei der Begriffsanwendung eine Rolle spielt, dann würde die Nachprüfungsbefugnis der Gerichte eine sehr beschränkte sein. Die Kartellbehörden könnten dann, selbst wenn die Anwendung eines Begriffes nicht ausschließlich auf einer Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung beruht, ihre Entscheidung mit der Berufung auf ihre subjektive Einschätzung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung rechtfertigen, ohne daß das nachprüfende Gericht in der Lage wäre, diese Entscheidung nachzuprüfen.

1) Ebenso Zweigert im Kommentar von Müller-Henneberg-Schwartz S. 784; wenn sich auch die wesentliche Einschränkung des Wettbewerbs aus seiner Auswirkung auf den relevanten Markt ergibt, (Beschl. des BKartA v. 26.6.1959, WuW 1959, S. 756 ff.) und der Begriff der "Wesentlichkeit" insoweit als Erfahrungsbegriff anzusehen ist, enthält er außerdem noch eine von der wirtschaftspolitischen Zielsetzung geprägte Wertung.

III. Die Rechtsprechung des Kartellgerichts und ihre Bedeutung für die Anwendung des GWB

a) Die Rechtsprechung des Kartellgerichts zu § 9 der Kartellverordnung von 1923

Da bisher nur wenige Gerichtsentscheidungen vorliegen, die sich mit der Auslegung des GWB befassen, soll die Rechtsprechung des im Jahre 1923 errichteten Kartellgerichts daraufhin untersucht werden, in welcher Weise wirtschaftspolitische Gesichtspunkte im Einzelfall eine Rolle gespielt haben, um die dort gemachten Erfahrungen für die gerichtliche Nachprüfung von Tatbeständen mit wirtschaftspolitischem Gehalt im GWB auswerten zu können.

Das Kartellgericht hatte in zahlreichen Fällen gem. § 9 KartVO darüber zu befinden, ob es eine Einwilligung zur Verhängung von Liefersperren erteilen sollte, oder ob die Einwilligung zur Sperre Gesamtwirtschaft oder Gemeinwohl¹⁾ gefährdete. Auch im GWB finden wir Tatbestände, die der Kartellbehörde nur dann die Befugnis zur Erteilung der Kartellerlaubnis verleihen, wenn sie "unter Berücksichtigung der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls" erfolgt (§ 4) oder aus "überwiegenden Gründen der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls notwendig" (§ 8 Abs. 1) ist.

In der Entscheidungspraxis des Kartellgerichts zu den Begriffen "Gesamtwirtschaft und Gemeinwohl" in § 9 KartVO ist die Tendenz nicht zu verkennen, wirtschaftspolitische Zielsetzungen der Reichsregierung den Interessen der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls gleichzusetzen. Das wurde ganz besonders deutlich, als in der nationalsozialistischen Wirtschafts-

1) Der Begriff des "Gemeinwohls" ist gegenüber dem Begriff der "Gesamtwirtschaft" der umfassendere. Das "Gemeinwohl" umfaßt auch den ungestörten Besitz und Genuß kultureller Güter. Vgl. Hausmann-Holländer, § 4 Anm. 2 b; Tschierschky in Isay-Tschierschky S. 79; Kullmann a.a.O. S. 23; ebenso Sölter im Kommentar von Müller-Henneberg-Schwartz, § 4 Anm. 8.

politik dirigistische Maßnahmen mehr und mehr wirtschaftsliberalistischen Anschauungen übergeordnet wurden.

In der Entscheidung vom 15. Juni 1937¹⁾ hat das Kartellgericht mit Hinweis auf das Zwangskartellgesetz dazu folgendes ausgeführt:

"Im übrigen kommt eine Gefährdung der Gesamtwirtschaft oder des Gemeinwohls schon um deswillen nicht in Betracht, weil es sich bei der Nichtbeanstandung der Kartellverträge durch das Reichswirtschaftsministerium nicht um eine ... "amtliche Auslegung" gesetzlicher Bestimmungen (handelt), sondern um eine auf die Aufsichts- und Eingriffsbefugnis des § 3 des Zwangskartellgesetzes vom 15. Juli 1933 (Reichsgesetzblatt S. 488) gegründete staatspolitische Maßnahme, bei der ein Verstoß gegen die Gesamtwirtschaft oder das Gemeinwohl überhaupt nicht in Frage kommen kann."

Wenn auch das Kartellgericht die Nichtbeanstandung der in Frage stehenden Kartellverträge durch den Reichswirtschaftsminister als "staatspolitische Maßnahme" angesehen hat, so ändert diese Begründung nichts daran, daß gemäß § 1 des Zwangskartellgesetzes der Reichswirtschaftsminister nur dann Maßnahmen zur Marktregelung gegenüber Unternehmen ergreifen durfte, wenn sie "unter Würdigung der Belange der Unternehmungen sowie der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls geboten" erschienen. Ob die Kartellverträge mit den Belangen der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls zu vereinbaren waren, überließ das Kartellgericht dem freien Ermessen des Reichswirtschaftsministeriums. Diese Auffassung hatte das Kartellgericht schon in einer Reihe vorangegangener Entscheidungen vertreten.

In der Entscheidung vom 17.9.1935²⁾ heißt es ausdrücklich:

"Von einer Gefährdung des Gemeinwohls und der Gesamtwirtschaft kann im vorliegenden Fall deshalb keine Rede sein, weil die mit der beabsichtigten

1) KartRdSch 1937, 462 (465),

2) KartRdSch 1935, 898 (902).

Maßnahme bezweckte Eingliederung der Antragsgegnerin in die Kartellregelung durchaus im Zuge der vom Reichswirtschaftsminister nicht nur gebilligten, sondern auch geförderten Durchführung einer Marktregelung auf dem Gebiet der Flachglaswirtschaft liegt."

In der gleichen Richtung liegen die Ausführungen des Kartellgerichts in der Entscheidung vom 25.10.1935¹⁾:

"Der Zusammenschluß der reinen Schleifbetriebe zu einem Verbands und die vertragliche Anpassung der Preise und Bedingungen für die Verbandserzeugnisse (Bleikristall-Fertigwaren) an diejenigen für die gleichen Erzeugnisse des vom Reichswirtschaftsminister durch die Verordnung vom 15. Februar 1934 gebildeten Zwangskartell der Hohlglas-Industrie bildet eine nicht allein zweckmäßige, sondern notwendige Ergänzung der mit der Verordnung angestrebten Marktregelung für Hohlglas. Es kann daher von einer Gefährdung des Gemeinwohls oder der Gesamtwirtschaft nicht gesprochen werden, wenn das antragstellende Hohlglaskartell in Ausübung des durch Gesetz und Rechtsprechung als zulässig anerkannten Organisationszwanges mit der beabsichtigten Maßnahme die lückenlose Durchführung der Marktordnung anstrebt."

Am 7.1.1936 hatte sich das Kartellgericht ebenfalls mit der Einwilligung für eine Sperre gemäß § 9 KartVO auseinanderzusetzen²⁾. Die in Bezug auf die Vereinbarkeit der zu beurteilenden Maßnahme mit der Gesamtwirtschaft und dem Gemeinwohl gemachten Ausführungen sollen im Hinblick auf ihren wirtschaftspolitischen Gehalt ebenfalls im Wortlaut wiedergegeben werden:

" Eine Gefährdung der Gesamtwirtschaft oder des Gemeinwohls ist von der beabsichtigten Maßnahme nicht zu befürchten. Die Reversverbindung, deren Ausdehnung auf die Antragsgegnerin der Antragsteller mit seinem Antrag bezweckt, liegt durchaus im Zuge der vom Reichs-

-
- 1) KartRdSch 1935, 1010 (1012); ähnliche Ausführungen finden sich auch in den vier Entscheidungen des Kartellgerichts vom 30.10.1935, die in KartRdSch 1935, S. 1013 ff. veröffentlicht sind.
2) KartRd Sch 1936, 178.

wirtschaftsminister seit dem Jahre 1933 zur Wiederaufrichtung und Ordnung der völlig darniederliegenden Hohlglaswirtschaft getroffenen Maßnahmen. Diese Maßnahmen, unter denen die Bestellung eines Sonderbeauftragten, der zwangsweise Zusammenschluß der Hohlglas-Industrie, die Einflußnahme auf die Preise und Bedingungen des Hohlglaskartells besonders hervorzuheben sind, finden in der reversmäßigen Bindung des Großhandels zur Einhaltung der Kartellbruttopreise eine Ergänzung, die - wie sich aus der Erklärung des Vertreters des Reichswirtschaftsministeriums in der Verhandlung vor dem KartG ergibt - auf ihre Unbedenklichkeit hin geprüft worden sind. Damit ist die Vereinbarkeit der Reversbildung mit Gesamtwirtschaft und Gemeinwohl ohne weiteres gegeben."

In allen angeführten Fällen, in denen es um die Frage der Gefährdung der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls durch die Verhängung einer Sperre im Rahmen des § 9 KartVO ging, hat das Kartellgericht die Einwilligung zur Sperre ausschließlich von außerprivatrechtlichen Gründen abhängig gemacht. Diesen Grundsatz hat es in der Entscheidung vom 11.5.1937 klar herausgestellt¹⁾:

"Das Kartellgericht hat seine Entscheidung über die Erteilung oder Versagung einer Einwilligung in die Verhängung einer Sperre auf der Grundlage des öffentlichen Rechts zu treffen. Gegenstand auch der vorliegenden Entscheidung ist deshalb allein die Frage, ob die von der Antragstellerin beabsichtigten Maßnahmen des Organisationszwanges staatlich als unbedenklich anzusprechen sind An dem Recht und an der Pflicht einer sachlichen Entscheidung auf dieser Grundlage können private Abreden der Parteien grundsätzlich nichts ändern."

Das Kartellgericht hat seit der Zeit, als der nationalsozialistische Staat die Kartelle in den Dienst einer staatlich-autoritären Wirtschaftslenkung gestellt hatte²⁾, bei der Prüfung der Frage, ob im konkreten Falle eine Gefährdung der Gesamtwirtschaft oder des

1) KartRdSch 1937, 346 (351).

2) vgl. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht Bd. 1, S. 269.

Gemeinwohls zu befürchten sei, in der Regel die Stellungnahme des zuständigen Fachministers der Reichsregierung erbeten. Wenn aus der Stellungnahme hervorging, daß beispielsweise eine nach § 9 KartVO verhängte Sperre mit der wirtschaftspolitischen Zielsetzung der Reichsregierung im Einklang stand, dann verneinte das Kartellgericht eine Gefährdung der Gesamtwirtschaft oder des Gemeinwohls¹⁾. Es schloß sich insoweit der wirtschaftspolitischen Auffassung der Reichsregierung an.

Es kann nicht anerkannt werden, daß die Gerichte auf Grund der durch das GWB geschaffenen Rechtslage verpflichtet sind, der wirtschaftspolitischen Konzeption der Bundesregierung vorbehaltlos zu folgen, wie das in der Entscheidungspraxis des Kartellgerichts im Hinblick auf die Wirtschaftspolitik der früheren Reichsregierung zum Ausdruck gekommen ist. Die nationalsozialistische Wirtschaftspolitik hatte schließlich dahin geführt, daß die Wirtschaft mehr und mehr einer zentralen Lenkung unterworfen wurde. Einer solchen Entwicklung ist durch das GWB insofern ein Riegel vorgeschoben, als die Wirtschaftsordnung gesetzlich garantiert ist und wirtschaftspolitische Zielsetzungen des Staates, die an der Wirtschaftsordnung rütteln, ohne Gesetzesänderung nicht zu verwirklichen wären. Die angeführten Entscheidungen zeigen jedoch Möglichkeiten, in welcher Weise der Wirtschaftspolitik der Bundesregierung durch die Gerichte Rechnung getragen werden kann.

1) Vgl. Entscheidungen des Kartellgerichts in KartRdSch 1935, S. 898, 1010, 1013, 1017-1019; 1937, S. 346.

b) Die Rechtsprechung des Kartellgerichts
zu § 8 der Kartellverordnung von 1923

Die Judikatur des Kartellgerichts enthält eine große Anzahl von Entscheidungen über die Zulässigkeit aus wichtigem Grund von Kartellmitgliedern gemäß § 8 KartVO erklärten fristlosen Kündigungen. Ursprünglich war man allgemein der Auffassung, daß die Vorschrift des § 8 KartVO ausschließlich zum Schutz privater Interessen geschaffen worden sei und öffentliche Belange wie beispielsweise die Wahrung der Interessen der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls bei der Frage nach dem Vorliegen eines wichtigen Grundes zur fristlosen Kündigung keine Beachtung zu finden hätten. Das Kartellgericht hat jedoch schon frühzeitig der Gefährdung von Gesamtwirtschaft und Gemeinwohl bei der Frage nach der Zulässigkeit fristloser Kündigungen nach § 8 KartVO Beachtung geschenkt. So hat es in der Entscheidung RV Nr. 69¹⁾ eine fristlose Kündigung neben anderen Erwägungen für zulässig angesehen, weil durch eine überhöhte prozentuale Abgabe der Kartellmitglieder an das Kartell die Erzeugnisse der in dem Kartell zusammengeschlossenen Unternehmen in einer vom Standpunkt der Gesamtwirtschaft höchst unerwünschten Weise verteuert würden.

Daß das Kartellgericht im allgemeinen jedoch dem privatwirtschaftlichen Charakter von § 8 KartVO ausschlaggebende Bedeutung beigemessen und außer-privatwirtschaftliche Belange nur sekundär als "Zünglein an der Waage"²⁾ berücksichtigt hat, geht aus der Entscheidung Nr. 129 v. 7.2.1930 deutlich

- 1) Sammlung von Entscheidungen und Gutachten des Kartellgerichts" herausgegeben von der Kartellstelle des Reichsverbandes der Deutschen Industrie.
- 2) Isay-Tschierschky, Anm. 28 zu § 8 S. 226.

hervor. Dort hat das Kartellgericht ausgeführt:

"Zwar schließt der § 8 der VO, wie das KG bereits in der Entscheidung vom 4. Febr. 1924, Nr. 5 der Sammlung ausgeführt hat, obwohl die Vorschrift auf einen privatrechtlichen und wirtschaftlichen Schutz des einzelnen Vertragsschließenden gegen internen Organisationszwang abgestellt ist, im einzelnen Fall die Berücksichtigung der Bedeutung des gekündigten Vertrages für die Gesamtwirtschaft und das Gemeinwohl nicht von vornherein aus. Aber wenn auch für die Entscheidung der Frage, ob für ein Kartellmitglied ein wichtiger Kündigungsgrund vorliegt, der Nutzen oder Schaden der Organisation für die Gesamtwirtschaft unter Umständen von Bedeutung sein kann, so vermag die Erwägung, daß die Erhaltung eines Kartells vom Standpunkte der Gesamtwirtschaft aus erwünscht erscheint, doch nicht Kündigungsgründe völlig zu beseitigen, die vom privatwirtschaftlichen Standpunkte des Kündigenden aus das Verbleiben in dem Kartell nicht zumutbar erscheinen lassen."

Die Antragstellerin, welche die fristlose Kündigung der Antragsgegnerin für unwirksam feststellen lassen wollte, war eine Verkaufsstelle von Ziegeln, eine GmbH. 23 Werke waren aus der Gesellschaft entlassen worden. Die Struktur des Kartells hatte sich grundlegend geändert. Es gab zu viele Außenseiter. Obwohl die Aufrechterhaltung der Kartellbindung im gesamtwirtschaftlichen Interesse wünschenswert gewesen wäre, hat das Kartellgericht die Kündigung der Antragsgegnerin aus triftigen Gründen für zulässig erachtet¹⁾.

Daß das Kartellgericht in seinen Entscheidungen zu § 8 KartVO auch die Interessen der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls neben den privatwirtschaftlichen Belangen berücksichtigt hat, ist nicht zuletzt auf den Einfluß des Schrifttums zurückzuführen. Die Mehrzahl der Autoren sprach sich für die Einbeziehung außerprivatwirtschaftlicher Gesichtspunkte aus²⁾.

1) Vgl. den ähnlichen Fall RV Nr. 12.

2) Eckelt a.a.O. S. 981; Staffel a.a.O. § 8 Anm. 2; Isay-Tschierschky a.a.O. S. 66; Tschierschky, Studien zum "wichtigen Grund" usw. S. 864; Arndt, Zur Auslegung des § 8 KVO S. 672; a.A. Friedländer, Komm. zur KartVO S. 121; Hausmann-Holländer Anm. 5 zu § 8.

Nach der in Schrifttum und Entscheidungspraxis des Kartellgerichts zum Ausdruck gelangten Auffassung konnten die Interessen der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls zwar in die Erwägungen über das Vorliegen eines wichtigen Grundes mit einbezogen werden, sie konnten aber allein die Entscheidungen nach § 8 KartVO nicht tragen.

Im einzelnen hatte das Kartellgericht bei der Frage der Zulässigkeit einer Kündigung nach § 8 KartVO folgende Interessenabwägungen vorzunehmen:

- 1) das Interesse, das der Kündigende an der Lösung der Kartellbindung hatte;
- 2) das Interesse des Kartells, den Kündigenden nicht zu verlieren;
- 3) das Interesse der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls an der Aufrechterhaltung des unveränderten Zustandes oder dem Ausscheiden des Kündigenden aus dem Kartell¹⁾.

Die von Kartellgericht und Schrifttum zu § 8 KartVO herausgearbeiteten Grundsätze sind auch für die Auslegung von § 13 GWB von erheblicher Bedeutung, weil sich die Zulässigkeit der fristlosen Kündigung von Verträgen und Beschlüssen der in den §§ 2 bis 8 GWB bezeichneten Art nach ähnlichen Gesichtspunkten zu richten hat. Bei der Entscheidung, ob ein wichtiger Grund vorliegt, sind nicht nur in Kollision geratene private Geschäftsinteressen des Kündigenden und des Kartells gegeneinander abzuwägen, sondern es ist auch die Frage zu beantworten, "inwieweit der Kündigende sich eine Einschränkung seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit gefallen lassen muß, damit die vom Staat proklamierte Wirtschaftspolitik und die öffentliche Marktordnung durchgesetzt wird"²⁾.

-
- 1) Eckelt a.a.O. S. 982; Tschierschky, Studien zum "wichtigen Grund" usw. S. 864; Arndt, Zur Auslegung des § 8 KVO S. 672.
 - 2) Zweigert, Festschrift f.R. Isay, S.155; Langen § 13 Anm. III.

IV. Gerichtliche Nachprüfungsbefugnis und wirtschaftspolitische Wertung im GWB

Bei der Frage, welchen Einfluß die Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung auf die Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe im GWB hat, ist zu unterstreichen, daß diese Würdigung sich stets im Hinblick auf die Bewertung eines in concreto vorliegenden Sachverhalts erschöpft. Sie tritt in der Regel neben die anderen Auslegungsmaßstäbe, die bei der Auslegung und Anwendung des jeweiligen Begriffs anzulegen sind.

Bei der Auslegung des Begriffs der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls in § 8 Abs. 1 GWB wird jedoch die wirtschaftspolitische Wertung als alleiniger Maßstab in Frage kommen. Für die Generalklausel des § 8 GWB ist es charakteristisch, daß sie entgegen der allgemeinen Zielsetzung des GWB, den Leistungswettbewerb für das Funktionieren des Marktmechanismus zu erhalten, das Prinzip der Wettbewerbsfreiheit für den Bereich der genehmigten Kartelle aus Gründen der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls außer Geltung setzt¹⁾. Gerichtlich nachprüfbare Grenzen für eine nach § 8 GWB erteilte Kartellerlaubnis werden sich nur dann aufzeigen lassen, wenn Verfassungsgrundsätze verletzt werden oder die im GWB vom Gesetzgeber getroffene Grundentscheidung einer freiheitlichen, auf dem Wettbewerb fußenden Wirtschaftsordnung in Frage gestellt würde. Voraussetzung ist aber stets, daß der Bundeswirtschaftsminister die Begriffe "Gesamtwirtschaft und Gemeinwohl" richtig auslegt.

1) Das gleiche gilt für § 4 (Strukturkrisenkartelle) und § 5 Abs. 3 (im Interesse der Allgemeinheit erwünschte Rationalisierung); vgl. Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit im Jahre 1959, S. 10.

Das ist aus Anlaß der am 17. Februar 1959 vom Bundeswirtschaftsminister gemäß § 8 Abs. 1 GWB erteilten Erlaubnis für das Kohle-Öl-Kartell in seiner praktischen Auswirkung deutlich geworden. Der zwischen acht Unternehmen des Bergbaus und der Mineralölinindustrie abgeschlossene Kartellvertrag sah gemeinsame Preislisten für schweres Heizöl vor, denen die bei Vertragsabschluß gültigen, auf dem Weltmarktpreis basierenden cif-Preise zuzüglich Umschlags- und Lagerkosten, Binnenfrachten und sonstiger Kosten zugrunde gelegt wurden. Zur Überprüfung der Preislisten sollten die Kartellmitglieder zusammentreten, wenn die cif-Preise für eine Dauer von mehr als zwei Monaten um mehr als 10 v.H. gesunken sind. Gleichzeitig verpflichteten sich die Vertragsparteien, Finanzierungsbeihilfen zur Umstellung von Verbrennungsanlagen für feste Brennstoffe auf Heizöl nicht zu gewähren und bis zur Behebung der Absatzkrise im Steinkohlenbergbau (solange die Haldenbestände mehr als 7 Millionen t betragen) keine Maßnahmen zu ergreifen, die zur Verdrängung fester Brennstoffe durch schweres Heizöl führen würden. Insbesondere verpflichteten sich die Vertragsparteien, keine neuen Abnehmer für schweres Heizöl zu werben¹⁾.

Anlaß für das Kohle-Öl-Kartell waren die stetig wachsenden Haldenbestände des Kohlenbergbaus, die zu einer Absatzkrise mit der Folge zahlreicher Feierschichten der im Kohlenbergbau beschäftigten Arbeitnehmer geführt hatten. Der Bundeswirtschafts-

1) Vgl. Bundestagsdrucksache Nr. 1795, 3. Wahlperiode, Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit im Jahre 1959 sowie über Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet, S. 58 f.

minister hat die Kartellerlaubnis gemäß § 8 Abs. 1 GWB erteilt, dessen Tatbestand voraussetzt, daß die Beschränkung des Wettbewerbs aus überwiegenden Gründen der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls notwendig ist. Die ausschlaggebende Bedeutung der Kohle als Grundstoff und als Energieträger für die Gesamtwirtschaft der Bundesrepublik und die Entwicklung des Absatzes im Jahre 1958 rechtfertigten nach der Auffassung des Bundeswirtschaftsministers die Erteilung der Kartellerlaubnis¹⁾.

Es ist jedoch fraglich, ob beim Kohle-Öl-Kartell die Voraussetzungen von § 8 Abs. 1 GWB vorgelegen haben. § 8 Abs. 1 GWB rechtfertigt die Kartellerlaubnis nur dann, wenn ein ganz konkretes öffentliches Interesse das allgemeine Interesse an der Aufrechterhaltung des Wettbewerbs erheblich überwiegt. Die Anwendung dieser Vorschrift setzt "eine schwerwiegende wirtschafts- und staatspolitische Entscheidung unter Berücksichtigung der Belange der gesamten Wirtschaft einschließlich der Verbraucher sowie die Berücksichtigung allgemeiner Wohlfahrts- und Sicherheitsinteressen voraus"²⁾. Wenn auch der Bundeswirtschaftsminister die Erlaubnis zur Bildung des Kohle-Öl-Kartells mit staats-sozial und allgemein wirtschaftspolitischen Gründen gerechtfertigt hat³⁾, so ist mit einer solchen Begründung keineswegs gesagt, daß die Kartellerlaubnis nach § 8 Abs. 1 GWB auch zulässig war. Wenn mit dem Kartell dem Bergbau Gelegenheit zu drastischen Rationalisierungsmaßnahmen gegeben und außerdem Zeit für die Ablösung der den Bergbau belastenden Kohlenimportverträge gewonnen werden sollte,

1) Vgl. Bundestagsdrucksache Nr. 1000, 3. Wahlperiode, Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit im Jahre 1959 sowie über Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet, S. 3.

2) Langen § 8 Anm. III

3) WuW/E - BMW 117.

so reichen diese Überlegungen wohl kaum aus, um den Tatbestand von § 8 Abs. 1 GWB zu erfüllen. Insoweit handelt es sich nicht um gesamtwirtschaftliche Erwägungen, sondern um eine wirtschaftspolitische Maßnahme, die lediglich zur Gesundung des Kohlenbergbaus gedacht war. Die mit der Kohlenkrise verbundenen sozialen Belastungen hatten noch nicht ein Ausmaß erreicht, das auf die Gesamtwirtschaft einen ernst zu nehmenden Einfluß gewinnen konnte. Hier konnte mit anderen wirtschaftspolitischen Mitteln - wie beispielsweise der Umschulung von Bergarbeitern für verwandte berufliche Tätigkeiten - in gleicher Weise geholfen werden. Somit ließ sich die Bildung des Kohle-Öl-Kartells lediglich noch auf allgemeine, staatspolitische Überlegungen stützen. Eine derartige Begründung kann jedoch nur dann im Rahmen von § 8 Abs. 1 GWB Berücksichtigung finden, wenn diese staatspolitischen Erwägungen von einer den Belangen der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls Rechnung tragenden Notwendigkeit heraus getragen werden. Da ein solcher ins Auge fallender übergeordneter Gesichtspunkt im Falle des Kohle-Öl-Kartells nicht ersichtlich war, durfte der Bundeswirtschaftsminister keine Kartellerlaubnis erteilen.

Eine gerichtliche Nachprüfung hätte aber nicht deshalb zur Unwirksamkeit des Kohle-Öl-Kartells führen müssen, weil das Gericht die wirtschaftspolitischen Erwägungen des Bundeswirtschaftsministers als falsch angesehen hätte. Die Unwirksamkeit des Kohle-Öl-Kartells ergibt sich jedoch aus der Überlegung, daß der Gesetzgeber die Kartellerlaubnis in § 8 Abs. 1 GWB nur für solche wirtschaftspolitische Zielsetzungen vorgesehen hat, die in den dort abgesteckten gesetzlichen Rahmen passen; und zwar muß es sich um gesamtwirtschaftliche Zielsetzungen handeln. Verfolgt der Bundeswirtschaftsminister wirtschafts-

politische Ziele darüber hinaus, so kann er das jederzeit tun. Der Weg über § 8 Abs. 1 GWB ist ihm jedoch in solchen Fällen verschlossen.

Die Bedeutung der wirtschaftspolitischen Wertung der Kartellbehörde bei der Anwendung von § 4 GWB, wo die Erteilung der Erlaubnis unter Berücksichtigung der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls erfolgt, ist dagegen schon eine andere als in § 8 Abs. 1 GWB. In § 4 GWB wird nämlich die Kartellerlaubnis im Gegensatz zu § 8 Abs. 1 GWB nicht nur von öffentlichen Belangen abhängig gemacht, sondern die Erlaubniserteilung setzt außerdem voraus, daß das Kartell notwendig ist, um eine planmäßige Anpassung der Kapazität an den Bedarf herbeizuführen, sofern ein auf nachhaltiger Änderung der Nachfrage beruhender Absatzrückgang vorliegt. Hier ist der Umfang einer gerichtlichen Nachprüfung weit größer als in § 8 Abs. 1 GWB, weil eine Abwägung der öffentlichen Belange gegenüber den Interessen der Beteiligten vorgenommen werden muß, und es muß im Wege der Auslegung ermittelt werden, in welchem Maße die Berücksichtigung der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls den Ausschlag für die Erteilung oder die Verweigerung einer Kartellerlaubnis gibt¹⁾.

Bei der Anwendung der Tatbestände des GWB hat aber nicht nur ein gegenseitiges Abwägen der verschiedenen Tatbestandsbegriffe zu erfolgen, sondern die einzelnen Begriffe erfordern bei ihrer Anwendung selbst wieder eine Abwägung wirtschaftspolitischer Wertungen gegenüber anderen Auslegungsmaßstäben.

So wird das Gericht beispielsweise zu prüfen haben,

1) Vgl. Langen § 4 IV Anm. 8.

ob ein Rabattkartellvertrag einen "Mißbrauch" nach § 12 Abs. 1 Ziff. 1 GWB darstellt, wenn er den möglichen Wettbewerb auf dem Markt fast restlos ausschließt, weil auf ihm weder Preis- noch Konditionen und kaum Qualitäts- und Servicewettbewerb besteht. Das Bundeskartellamt hat das Vorliegen eines "Mißbrauchs" in einem solchen Falle bejaht¹⁾. Wenn die Kartellbehörde aber der Auffassung ist, daß ein solches Rabattkartell in besonderem Maße geeignet ist, im Sinne einer bestimmten wirtschaftspolitischen Zielsetzung zu wirken, z.B. der Steigerung des Exports²⁾, so kann eine solche wirtschaftspolitische Würdigung bei der Auslegung des Mißbrauchsbegriffs nicht unbeachtet bleiben. Die Grenzen der wirtschaftspolitischen Würdigung sind hier jedoch nicht allzu weit anzusetzen, weil die vollständige Ausschließung des Wettbewerbs mit der Zielsetzung des GWB nicht zu vereinbaren ist.

Bei dem Begriff des "Interesses der Allgemeinheit" in § 5 Abs. 3 GWB spielt die wirtschaftspolitische Würdigung eine weitaus größere Rolle. Werden durch ein Rationalisierungskartell beispielsweise die Absatzmöglichkeiten der an der Zonengrenze gelegenen Betriebe erweitert und die gleichmäßige Ausnutzung der Kapazität möglichst über das ganze Jahr durch eine zentrale Verkaufsstelle ermöglicht³⁾, so ist es dem nachprüfenden Gericht grundsätzlich verwehrt,

1) Beschl. v. 11. Jan. 1960, WuW 1960, S. 221 ff.

2) Im Beschluß v. 11. Jan 1960 war es genau umgekehrt. Das BKartA war der Meinung, daß "offensichtlich schädliche Wirkungen" im Sinne von § 3 Abs. 3 Nr. 2 GWB von dem fraglichen Kartell (Röhrendirekthändler) vor allem deswegen zu erwarten waren, weil das Kartell die Wettbewerbsfähigkeit der Schiffswerften beeinträchtigte.

3) Beschl. des BKartA v. 20. Juli 1960 WuW/E BKartA S. 224 (234).

diese wirtschaftliche Beurteilung der Kartellbehörde zu korrigieren. Die Anwendung des Begriffs "Interesse der Allgemeinheit" in § 5 Abs. 3 GWB wäre jedoch fehlerhaft, wenn das Bundeskartellamt auf dem Standpunkt stünde, es genüge für den Begriff des "Interesses der Allgemeinheit", wenn das Rationalisierungskartell sich lediglich zugunsten einer bestimmten Gruppe auswirkt. Es ist vielmehr von entscheidender Bedeutung, wie das Kartell sich generell auswirkt¹⁾. Als fehlsame wirtschaftspolitische Ermessensausübung müßte es dagegen angesehen werden, wenn durch das in Frage stehende Rationalisierungskartell zwar den Betrieben an der Zonengrenze geholfen würde, durch die Rationalisierung jedoch eine sonst zu vermeidende große Arbeitslosigkeit heraufbeschworen würde, die mit anderen wirtschaftspolitischen Mitteln erst auf lange Sicht zu beheben wäre.

Das unterschiedliche Gewicht wirtschaftspolitischer Überlegungen hat wiederum Rückwirkungen auf die Auslegung anderer Tatbestände im GWB. Das läßt sich an dem Begriff des "wichtigen Grundes" in § 13 GWB nachweisen. Kommt es beispielsweise zu einer gerichtlichen Entscheidung über die Zulässigkeit der fristlosen Kündigung eines Konjunkturkrisenkartells nach § 8 Abs. 1 GWB, dann wird das Gericht bei der Abwägung der Interessen des Kündigenden gegenüber dem Kartell und der Gesamtwirtschaft und des Gemein-

1) Beschl. d. BKartA v. 30. Juni 1960, WuW/E BKartA S. 211 (217).

wohlsten öffentlichen Belangen eine weit größere Bedeutung zumessen müssen als bei einer fristlosen Kündigung der Kartellmitgliedschaft in einem Strukturkrisenkartell gemäß § 4 GWB. Noch geringere Bedeutung käme der wirtschaftspolitischen Wertung zu, wenn es um die Zulässigkeit einer fristlosen Kündigung der Kartellmitgliedschaft in einem Konditionen- oder Rabattkartell ginge.

Wir sehen, daß die Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung von Fall zu Fall in Umfang und Bedeutung verschieden sein kann. Es ist Aufgabe der Gesetzesauslegung, das Gewicht der wirtschaftspolitischen Würdigung gegenüber den übrigen im Gesetz zum Ausdruck gekommenen Auslegungsmaßstäben zu bestimmen¹⁾. Im jedem Falle hat das Gericht jedoch die Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung der Kartellbehörde bei der Gesetzesauslegung innerhalb der zulässigen Grenzen²⁾ als bindend anzuerkennen. Mit diesem Gebot hat der Gesetzgeber in § 70 IV S. 2 GWB zum Ausdruck gebracht, daß er insoweit allein die Auffassung der Kartellbehörde gelten lassen will. Diese Regelung steht im Gegensatz zu den üblichen Auslegungsmaßstäben bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe, die grundsätzlich nicht auf den subjektiven Willen der rechtsanwendenden Behörde verweisen³⁾.

- 1) Eine solche Tätigkeit haben die Gerichte auch bei der Anwendung anderer Gesetze vorzunehmen. Vgl. z.B. § 4 des Mieterschutzgesetzes v. 1. Juni 1923 (RGBl. I 353, ber. 618), wonach der Vermieter auf Aufhebung des Mietverhältnisses klagen kann, wenn er an der Rückgabe des Mietraumes ein dringendes Interesse hat und nicht das Interesse des Mieters und seiner Familie an der Beibehaltung des Wohnraumes derart überwiegt, daß dem Mieter die Rückgabe nicht zugemutet werden kann. § 4 Abs. 1 Satz 2 Ziff. a) und b) bestimmt weiterhin, welche Gesichtspunkte zugunsten des Vermieters und § 4 Abs. 1 Satz 3 Ziff. a) und b), welche Gesichtspunkte zugunsten des Mieters insbesondere zu berücksichtigen sind.
- 2) Vgl. die Ausführungen auf S. 144 ff.
- 3) Vgl. die Ausführungen auf S. 77 ff.

Für die gerichtliche Nachprüfung von unbestimmten Rechtsbegriffen, die eine gesamtwirtschaftliche, wirtschaftspolitische Wertung bei ihrer Anwendung erfordern, läßt sich zusammenfassend folgendes feststellen:

- 1) Die Gerichte sind unbeschränkt zuständig, die von den Kartellbehörden bei der Anwendung des GWB zugrunde gelegten Tatsachen nachzuprüfen¹⁾.
- 2) Die gesamtwirtschaftliche Würdigung in § 70 IV S. 2 GWB unterliegt insoweit der Kontrolle der Gerichte, als die Einhaltung der Ermessensgrenzen in Frage steht²⁾. Das gilt sowohl für das Tatbestands- als auch für das Rechtsfolgeermessen³⁾.
- 3) Die Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe im GWB obliegt den Gerichten ohne jede Einschränkung⁴⁾.
- 4) Die Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung in § 70 IV S.2 GWB ist in dem zu 2) aufgezeigten Rahmen als gerichtlich nicht überprüfbar bei der Anwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen von den Gerichten zu respektieren⁵⁾.
- 5) Ergibt sich bei der Auslegung eines unbestimmten Rechtsbegriffs, daß neben die Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung noch andere Auslegungsmaßstäbe treten, so hat das Gericht nicht nur die verschiedenen Auslegungsmaßstäbe im Wege der Auslegung zu ermitteln, sondern auch die Grenzen aufzuzeigen, in welchem Verhältnis sie zueinander stehen und gegeneinander abzuwägen sind⁶⁾.

1) Vgl. S. 122 f.

2) Vgl. S. 145 f.

3) Vgl. S. 24 f.

4) Vgl. S. 194 ff.

5) Vgl. S. 201.

6) Vgl. S. 194 ff.

Abkürzungen

a.a.O.	am angegebenen Ort
ArchöR	Archiv des öffentlichen Rechts
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DRZ	Deutsche Rechtszeitschrift
DVB1.	Deutsches Verwaltungsblatt
E	Entscheidung
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
GG	Grundgesetz
GGZ	Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweck- mäßigkeitserwägung
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
h.M.	herrschende Meinung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OIG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
prOVG	Preußisches Oberverwaltungsgericht
RG	Reichsgericht
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
VerfGH	Verfassungsgerichtshof
VVDStL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
ZgesStW	Zeitschrift für die gesamte Staats- wissenschaft

LITERATURVERZEICHNIS

(Literaturangaben, die sich lediglich auf Einzelfragen beziehen, sind in den dazugehörigen Anmerkungen zu finden)

- Arndt, Adolf: Kartellrechtliche Verwaltungsakte, ArchöR N.F. Bd. 11, 192 ff.
--- Zur Auslegung des § 8 KVO, KartRdSch 1925, 667 ff.
- Bachof, Otto: Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVDStL, Heft 12, 1954, 37 ff.
--- Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, JZ 1955 97 ff.
--- Die verwaltungsgerichtliche Ermessenskontrolle, SJZ 1948, 742 ff.
- Benkendorff, Gerhard: Nochmals: Rechtskontrolle der Verfügungen der Kartellbehörden durch die Gerichte (§ 70 Abs. 4 GWB), WuW 1958, 740 ff.
- Bernatzik, Edmund: Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, Wien 1886.
--- Besprechung des Buches von Friedrich Tezner "Zur Lehre von dem freien Ermessen der Verwaltungsbehörden als Grund der Unzuständigkeit der Verwaltungsgerichte", Wien 1888 in der Zeitschrift f.d.Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart, herausgegeben von C.S. Grünhut, 18. Bd., Wien 1891.
- Binder, Julius: Philosophie des Rechts, Berlin 1925.
- v. Brunn, J.H.: Die wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung, Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Festschrift f. R. Isay, Köln-Berlin 1956, 167 ff.
- Bühler, Ottmar: Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, Berlin-Stuttgart-Leipzig 1914.
- ding, Helmut: Geschichte und Bedeutung des Systemgedankens in der Rechtswissenschaft, Frankfurter Universitätsreden, Heft 17.
--- Grundzüge der Rechtsphilosophie, Berlin 1950.
--- Allgemeine Rechtsgrundsätze in der Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Begriff der "guten Sitten" (§ 138, § 826 BGB), NJW 1947/48, 213 ff.

- Drews, Arthur: Lehrbuch der Logik, Berlin 1928.
- Dubislav, Walter: Die Definition, 3. Aufl. Leipzig 1931.
- Dürig, Günter: "Bedürfnis" und "öffentliches Interesse" als Rechtsbegriffe, JZ 1953, 535 ff.
 --- Die konstanten Voraussetzungen des Begriffs "öffentliches Interesse", Diss. München 1949.
- Esenwein-Rothe, Ingeborg: Regionale Wirtschaftspolitik und soziale Marktwirtschaft, in Gesellschaft, in Geschichte und Gegenwart, Sozialwissenschaftliche Abhandlungen, Heft 9, S. 215 ff.
- Eckelt, Ernst: Die Stellung des § 8 der Kartellverordnung im System des nationalsozialistischen Wirtschaftsrechts, KartRdSch 1935, 980 ff.
- Ehrlich, Eugen: Die juristische Logik, 2. Aufl. Tübingen 1925.
- Engisch, Karl: Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht, Festschrift f. E. Mezger, München und Berlin 1954, 127 ff.
 --- Die Relativität der Rechtsbegriffe, Deutsche Landesreferate zum V. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in Brüssel 1958.
 --- Einführung in das juristische Denken, Stuttgart 1956.
 --- Logische Studien zur Gesetzesanwendung, Heidelberg 1943.
 --- Die Einheit der Rechtsordnung, Heidelberg 1935.
- Eltzbacher, Paul: Über Rechtsbegriffe, Berlin 1900.
 --- Die Handlungsfähigkeit nach deutschem bürgerlichem Recht, Berlin 1903.
- Esser, Josef: Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Tübingen 1956.
- Ewald, Heinz: Bundeskartellamt und Kartellgesetz, WuW 1958, 317 ff.
- Fleiner, Fritz: Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl. Tübingen 1928.
- Forsthoff, Ernst: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, I. Band, 7. Aufl. 1958.
 --- Die Verfahrensvorschriften im Kartellgesetz, Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Festschrift f. R. Isay, Köln-Berlin 1956.
 --- Über Maßnahme-Gesetze, Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift f. Walter Jellinek, München 1955, 221 ff.

- v.Freytag, gen. Löring- Logik, ihr System und ihr Ver-
hoff, Bruno: hältnis zur Logistik, 1955.
- Giese, Friedrich: Grenzen der verwaltungsgerichtlichen
Ermessensnachprüfung, JZ 1952, 585 ff.
- Grünhut, Max: Methodische Grundlagen der heutigen
Strafrechtswissenschaft, Festgabe f.
Reinhard Frank, Bd. I, Tübingen 1930.
--- Begriffsbildung und Rechtsanwendung
im Strafrecht, Tübingen 1926.
- Hamann, Andreas: Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung,
Heidelberg 1953.
- Haschtmann, Erich: Der Einfluß der verfassungspolitischen
Entwicklung auf Ermessens-Rechtspre-
chung und Schrifttum, Diss. Frank-
furt 1958.
- Haußmann-Holländer: Die Kartellverordnung, München-Ber-
lin-Leipzig 1925.
- Hegler, August: Die Merkmale des Verbrechens, Zeit-
schrift f.d.ges. Strafrechtswissen-
schaft, 36. Bd., Berlin 1915.
- Heller, Hermann: Bemerkungen zur staats- und rechtstheo-
retischen Problematik der Gegenwart,
ArchöR N.F. Bd. 16, 321 ff.
- v. Hippel, Ernst: Untersuchungen zum Problem des fehler-
haften Staatsaktes, Berlin 1931.
- Holstein, Günther: Von Aufgaben und Zielen heutiger Staats-
rechtswissenschaft, ArchöR N.F. Bd. 11.
- Huber, E.R.: Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Aufl.
Tübingen, I.Bd. 1953, II.Bd. 1954.
- Imboden, Max Das Gesetz als Garantie rechtsstaat-
licher Verwaltung, Basel und Stuttgart
1954.
- Ipsen, Hans-Peter: Konstruktionsfragen der Getreideeinfuhr-
lenkung, Forschungen und Berichte aus
dem öffentlichen Recht, Gedächtnis-
schrift f. Walter Jellinek, 1955, 593 ff.
- Is., Tschierschky: Kartellverordnung, Mannheim-Berlin-
Leipzig 1925.
- Jarosch, Roland: Die Prüfung unbestimmter Rechtsbegriffe
durch die Verwaltungsgerichte, DVBl.
1954, 521 ff.
- Jellinek, Walter: Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmä-
ßigkeitserwägung, Tübingen 1913.
--- Verwaltungsrecht, 3. Aufl. Offenburg
1948, unveränderter Nachdruck nebst
Nachtrag von 1950.

- Jesch, Dietrich: Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht, ArchöR, 82. Bd., 1957, 163 ff.
-
- Klein, Rüdiger: Die Kongruenz des verwaltungsrechtlichen Ermessensbereichs und des Bereichs rechtlicher Mehrdeutigkeit, ArchöR, 82. Bd., 1957, 75 ff.
- Klug, Ulrich: Juristische Logik, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1951.
- v.Köhler, Karl-Heinz: Grenzen der gerichtlichen Kontrolle im Kartellrecht, DÖV 1960, 210 ff.
- Kraft, Victor: Die Grundlagen einer wissenschaftlichen Wertlehre, 2.Aufl. 1951.
- Krönig, Ernst: Verwaltungsgerichtliche Nachprüfung von Ermessensentscheidungen, MdR 1948, 130 ff.
- Kronstein, Heinrich: Neue deutsche wirtschaftsrechtliche Entscheidungen im Lichte des amerikanischen Antitrustrechts, Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 6.
-
- Rechtsauslegung im wertgebundenen Recht, Eine Antrittsvorlesung, Karlsruhe 1957.
- Kullmann, Albrecht: Die Kartellverordnung vom 2.11.1923 und der Verstoß gegen die guten Sitten (§§ 138, 826 BGB), Diss. 1929.
- Kunert, Karl-Heinz: Die normativen Merkmale der strafrechtlichen Tatbestände, Berlin 1958.
- Labs: Anm.z.Urteil des BVerwG v. 10.3.1954, DÖV 1954, 534.
- Langen, Eugen: Das Kartellgesetz, 2. Aufl. Neuwied/Rhein-Berlin-Fronau-Darmstadt 1957.
- Lask, Emil: Rechtsphilosophie, Heidelberg 1905; andere Zitierweise: Gesammelte Schriften, I. Bd. Rechtsphilosophie, S. 275 - 329.
- Laun, Rudolf: Der Staatsrechtslehrer und die Politik, ArchöR N.F. 4. Bd., 1922, S. 145 ff.
- v.Laun, Rudolf: Das freie Ermessen und seine Grenzen, Leipzig und Wien 1910.
- Less, Erwin: Begriffsherrschaft und Verwaltungstätigkeit, DÖV 1957, 418 ff.
- Less, Günther: Vom Wesen und Wert des Richterrechts, Erlangen 1954.

- Loening, Hellmuth: Die gesetzliche Koppelung von unbestimmtem Rechtsbegriff und Ermessensstatbestand bei der Versagung und Entziehung von Begünstigungen, DVBl. 1952, 197 ff., 235 ff.
- Löwenstein, Alfred: Der Rechtsbegriff als Relationsbegriff, München 1915.
- Loppuch: Die verwaltungsbehördliche Ermessensentscheidung und Ermessenshandlung, DVBl. 1955, 377 ff., 417 ff.
- Maercks. Otto: Nochmals: Der unbestimmte Rechtsbegriff, DÖV 1955, 367.
- v.Mangoldt-Klein: Das Bonner Grundgesetz, Erl.v.Herrmann v.Mangoldt, 2. neubearbeitete u.verm.Aufl. von Friedrich Klein, Bd. 1, Berlin und Frankfurt 1957.
- Mayer, Otto: Deutsches Verwaltungsrecht, I. Bd., 3. Aufl. München und Leipzig 1924.
- Menger, Christian-Friedrich: System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 1954.
--- Das Gesetz als Norm und Maßnahme, VVDStL, Heft, 15, Berlin 1957, 3 ff.
- Metelmann, Hans: Die Vertretung der Behörden im Verwaltungsprozeß, DVBl. 1955, 246 ff.
- Müller-Erzbach, Rudolf: Wohin führt die Interessenjurisprudenz?, Tübingen 1932.
--- Die Relativität der Begriffe und ihre Begrenzung durch den Zweck des Gesetzes, Abdruck aus Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, herausgegeben von Dr. Emil Strohal und Dr. Victor Ehrenberg, Bd. 61, 2. Folge, Bd. 25, Jena 1913.
- Müller-Henneberg-Schwartz: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Köln-Berlin 1958.
- Mezger, Edmund: Sein und Sollen im Recht, Tübingen 1920.
--- Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände, Festschrift f. L. Traeger, Berlin 1926, S. 187 ff.
- Oertmann, Paul: Gesetzeszwang und Richterfreiheit, Erlangen 1908.
- Peters, Hans: Lehrbuch der Verwaltung, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1949.
- Pietzonka: Der unbestimmte Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, NJW 1954, 1865 ff.
- Plappert, Werner: Das Prinzip der Gesetzesmäßigkeit der Verwaltung und das freie Ermessen in ihrer Bedeutung für den Art. 13 des Württemberg. Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege v.16.12.1876, TübingerAbhandlungen zum öffentlichen Recht, Stuttgart 1929.

- Radbruch, Gustav: Rechtsphilosophie, 4. Aufl. Stuttgart 1950.
--- Der Handlungsbegriff und seine Bedeutung für das Strafrechtssystem, Berlin 1904.
- Redding, Günter: Unbestimmter Rechtsbegriff oder Ermessen? DÖV 1954, 365.
- Reuß, Hermann: Der unbestimmte Rechtsbegriff, DVBl. 1953, 649 ff.
--- Das Ermessen, DVBl. 1953, 585 ff.
--- Gegenäußerung zu Schütz: "Der unbestimmte Rechtsbegriff", DÖV 1954, 556.
- Rickert, Heinrich: Zur Lehre von der Definition, 3. Aufl. Tübingen 1929.
--- Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung, 5. Aufl. Tübingen 1929.
- Ringe, Karl: Bebauungsgenehmigung und Flächennutzungsplan, DVBl. 1953, 296 ff.
- Rümelin, Gustav: Juristische Begriffsbildung, Leipzig 1878.
- Rupp, Oskar: Das "Ermessen" in der Verwaltung und der Verwaltungsjustiz, DÖV 1948, 104.
- Salomon, Max: Das Problem der Rechtsbegriffe, Heidelberg 1907.
- Sax, Walter: Zur Frage der Kuppelei bei Geschlechtsverkehr unter Verlobten, JZ 1954, 474 ff.
- Scheuerle, Wilhelm, A.: Beiträge zum Problem der Trennung von Tat- und Rechtsfrage, Archiv f. zivilistische Praxis 1958, 1 ff.
- Scheuner, Ulrich: Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, VVDStL Heft 11, 1954.
--- Der Bereich der Regierung, Rechtsprobleme in Staat und Kirche, Festgabe für Rudolf Smend, Göttingen 1952, 253 ff.
--- Zur Frage der Grenzen der Nachprüfung des Ermessens durch die Gerichte, Verwaltungsarchiv Bd. 33, 68 ff.
- Schmitt, Carl: Der Begriff des Politischen, Wirtschaftliche Abhandlungen und Reden zur Philosophie, Politik und Geistesgeschichte, Heft 10.
- Schmidt-Brücken, Georg: Verwaltungsermessen, DÖV 1949, 41 ff.
- Scholz, Franz: Der wichtige Grund, SJZ 1949, 1 ff.
- Schüle, Adolf: Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, VVDStL, Heft 11, 1954.

- Schütz, Erwin: Der unbestimmte Begriff, DÖV 1954, 556.
- Schwinge, Erich: Grundlagen des Revisionsrechts, Bonn 1935.
 --- Der Methodenstreit in der heutigen Rechtswissenschaft, Bonn 1930.
- Staffel, W.: Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen (Kartellverordnung), Berlin und Leipzig 1926.
- Steindorff, Ernst: Die Nichtigkeitsklage im Recht der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl, Frankfurt/M. 1952 (zitiert: Die Nichtigkeitsklage).
 --- Zweckmäßigkeit im Wettbewerbsrecht, Frankfurt/M. 1959 (zitiert: Steindorff, a.a.O.).
- Steinitz: Zur juristischen Begriffsbildung, Festschrift f. Adolf Heilberg, Breslau 1928.
- Stier-Somlo, Fritz: Das freie Ermessen in Rechtsprechung und Verwaltung, Festschrift f. Laband, Bd. II, 445 ff. (2. Abdruck 1925).
- Strauß, Walter: Entwicklung und Probleme des heutigen Wirtschaftsrechts, Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 10.
 --- Wirtschaftsverfassung und Staatsverfassung, Tübingen 1952.
- Tezner, Friedrich: Die deutschen Theorien der Verwaltungsrechtspflege, Berlin 1901.
 --- Das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden, Leipzig und Wien 1924.
 --- Zur Lehre von dem freien Ermessen der Verwaltungsbehörden als Grund der Unzuständigkeit der Verwaltungsgerichte, Wien 1888.
- Thoma, Richard: Der Vorbehalt der Legislative und das Prinzip der Gesetzesmäßigkeit der Verwaltung und Rechtsprechung, Handbuch d. deutschen Staatsrechts, herausgegeben von Anschütz u. Thoma, II. Bd., Tübingen 1932, 221 ff.
- Tschierschky, Siegfried: Studien zum "wichtigen Grund" des § 8 der Kartellverordnung v. 1923, KartRdSch 1933, 862 ff.
- v. Turegg, Kurt Egon: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 2. Aufl. Berlin 1954.
- Ule, Carl Hermann: Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht, Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift f. Walter Jellinek, München 1955, 309 ff.
 --- Verwaltungsgerichte überstaatlicher und internationaler Organisationen, DVBl. 1953, 491 ff.

- Wehli, Albert: Beiträge zur Analyse der Urteilsfindung, Festschrift f. Adolf Wach, Bd. I, 1913.
- Wehrhahn, Herbert: Das Gesetz als Norm und Maßnahme, VVDStL, Heft 15, 1957, 35 ff.
- Würdinger, Hans: Kartelle und Justiz, Der Betrieb 1953, 226 ff.
--- Rechtskontrolle der Verfügungen der Kartellbehörden durch die Gerichte (§ 70 Abs. 4 GWB), WuW 1958, 392 ff.
- Zorn, Philipp: Kritische Studien zur Verwaltungsgerichtsbarkeit, Verwaltungsarchiv, Bd. 2, Berlin 1894, 74 ff.
- Zweigert, Kurt: Das neue Kartellgesetz, Berlin 1959 und DVBl. 1958, 625 ff., 733 ff., 783 ff.
--- Die Zweite und Dritte Gewalt im Kartellrecht, Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Festschrift f. R. Isay, Köln-Berlin 1956, 129 ff.

Lebenslauf

Am 29. April 1931 bin ich als Sohn des Landwirts Martin George in Kainzen/Schles. geboren. Von Ostern 1941 bis zur Flucht im Januar 1945 besuchte ich die Oberschule für Jungen in Guhrau/Schles. Danach war ich bis zum Jahre 1950 in der Landwirtschaft tätig. Daran schloß sich die Vorbereitung für die schulfremde Reifeprüfung, die ich im Juni 1952 beim Tulla-Realgymnasium in Mannheim bestand.

-Ab Wintersemester 1952/53 studierte ich Rechtswissenschaft an der Johann Wolfgang Goethe-Universität in Frankfurt/Main. Meine Hochschullehrer waren die Herren Professoren Claß, Coing, Erler, Preiser, Ridder, Schiedermaier und Schlochauer. Nach einem Studium von sieben Semestern bestand ich am 17. Dezember 1956 beim Oberlandesgericht in Frankfurt/Main die erste rechtswissenschaftliche Staatsprüfung. Am 12. Juli 1961 bestand ich die große juristische Staatsprüfung.

